

الجزء الحادي عشر

تحقيق

الأستاذ محمد بوخبزة

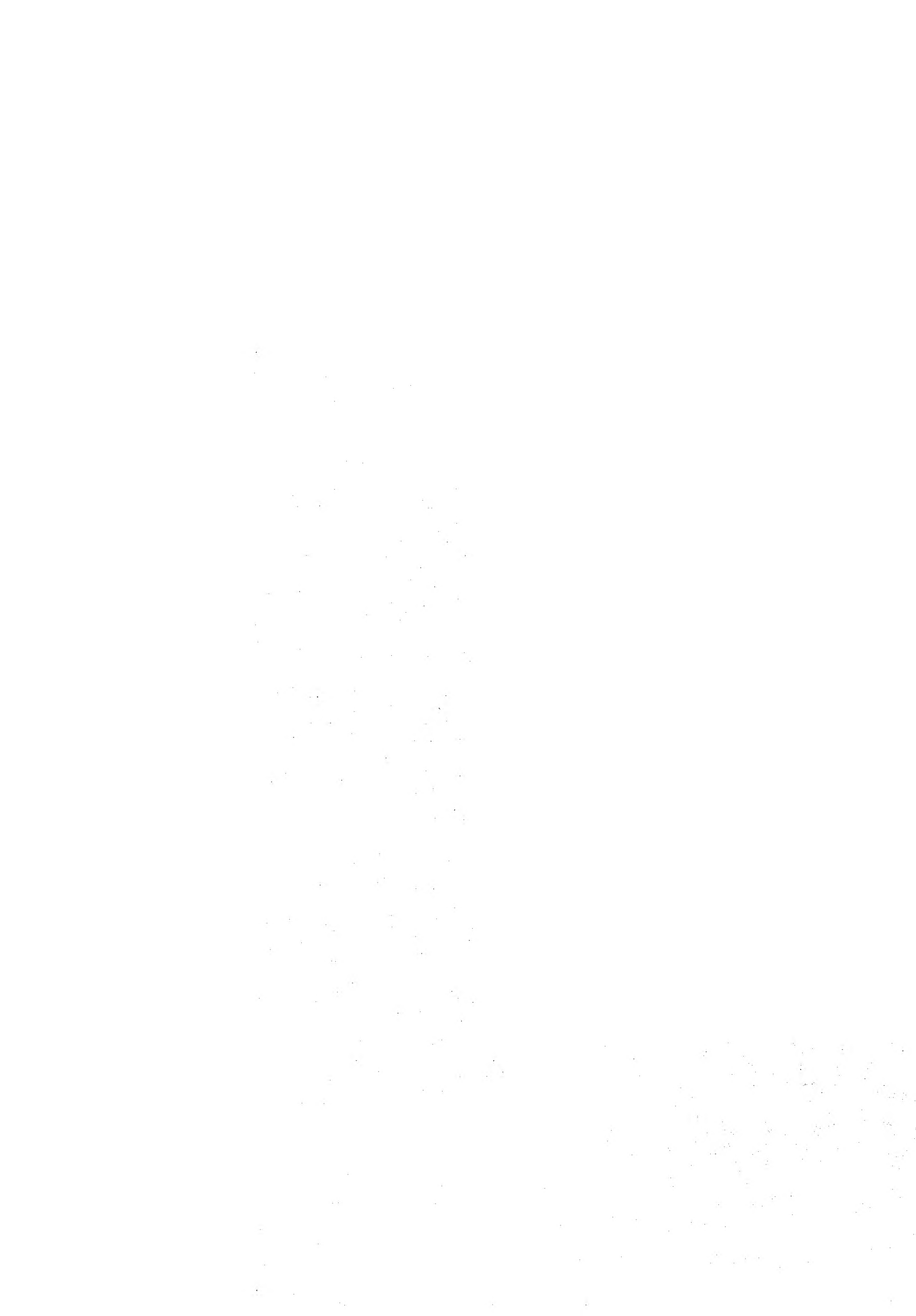


الطبعة الأولى
1994

دار الغرب الإسلامي
ص . ب . 5787-113 بيروت

الذخيرة

11



بسم الله الرحمن الرحيم
وصلّى الله على سيدنا ومولانا محمد وعلى آله وصحبه وسلم عليهم أجمعين

كتاب الدعاوي

ويتوجه النظر في حقيقة الدعوى وشروطها ، ثم حقيقة المدّعي والمدّعى عليه في جوابها ، ثم في تصرّف الحاكم فيها ، فهذه أربعة أنظار :

النظر الأول : في حقيقتها

فالدعوى لغةً : الطلب ، قال الله تعالى : ﴿**وَلَهُمْ مَا يَدَّعُونَ**﴾[1] أي ما يطلبون. وأما في الشرع : فهي طلب معيّن ، أو ما في ذمة معيّن ، أو أمر[2] يترتب له عليه نفع معتبر شرعاً ، فالأول كدعوى أن السلعة المعيّنة اشتراها أو غُصِبَتْ[3] منه ، والثاني : كالديوان[4] والسلَم ، ثم المعين الذي يدعى في ذمته قد يكون معيّناً بالشخص كزيدٍ ، أو بالصفة كدعوى الدية على العاقلة ، أو القتل على جماعة ، أو أنهم أتلفوا له متموَّلاً . والثالثة : كدعوَى المرأة الطلاق أو الردة على الزوج ، أو الوارث[5] أن أباه مات مسلماً أو كافراً ، فإنها لا معينة ولا في الذمة ، إنما تترتب عليها مقاصد صحيحة ، وقولنا : معتبر شرعاً : احترازاً من دعوى عشر سمسمة ، فإن الحاكم لا يسمع مثل هذا ، لأنه لا يترتب عليه لطالبه نفع شرعي .

---

(1) (يس : 57) .
(2) بالنسخة : أو أمراً .
(3) بالنسخة : أو غصبة .
(4) بالنسخة : كالديوان . ولعلها : كالديون .
(5) بالنسخة : أو الموارث .

وللدعوى أربعة شروط : أن تكون معلومةً محقَّة لا تكذبها العادة ، يتعلّق بها غرض صحيح ، وفي **الجواهر** : لو قال : لي عليه شيء لم تسمع دعواه ، وكذلك إذا قال : أظن أن لي عليك شيئاً ، أو لَكَ عليَّ كذا ، وأظن أني قضيته، لم تسمع لتعذّر الحكم بالمجهول إذ ليس بعض المراتب أولى من بعض ، ولأن الحاكم لا يدخل في خطر بمجرد توهّم المدّعي ، قال الشافعية : لا يصح دعوى المجهول إلا في الإقرار والوصية ، لصحة القضاء بالوصية المجهولة كثلث المال ، والمال غير معلوم ، وصحة الملك بالإقرار في المجهول من غير حكم ، ويُلزمه الحاكم بالتعيين ، وقاله أصحابنا ، وقال الشافعية : إن ادَّعى بدَيْن من الأثمان ذكر الجنس : دنانيرَ أو دراهمَ ، والنوع : دنانير مصرية أو مغربية ، والصفةَ : صِحاحاً أو مكسورة ، والمقدارَ والسكة ، وإن في غير الأثمان ذَكَرَ الصفات المعتبرة في السَّلَم ، وذكرُ القيمة في جميع الصفات أحوطُ . وما لا ينضبط بالصفة كالجواهر فلا بدّ من ذكر القيمةِ من غالب نَقْد البَلَد ، ويذكر في الأرض والدار اسمَ الصنع[1] والبلَد ، وفي السيف المُحلّى بالذّهَب : تذكر قيمته فضةً ، وبالفضة تذكر قيمته ذهباً ، أو بهما قوّمه بما شاء منهما ، لأنه موضعُ ضرورة ، ولا يلزم ذكرُ سبب ملك المال بخلاف سبب القتل والجراح ، ويلزم الحاكم : هل قتله وحده أو مع غيره عمداً أو خطأ ؟ لأن إتلافه لا يستدرك ، بخلاف المال ، وهذا كله لا يخالف فيه أصحابنا ، وقواعدنا تقتضيه .

فرع مرتب

إن ادّعى نكاح امرأة وأنه تزوجها تزويجاً[2] صحيحاً ، ففي **الجواهر** : سُمِعَتْ دعواه ، ولا يُشترطُ أن يقول : بوليِّ وبرضاها ، بل لو أطلق فقال : هي زوجتي كفاه ، وقاله (ح) ، وقال (ش) وابن حنبل : لا تسمع حتى يقول بوليّ وبرضَاها وبشاهدَي عدل ، بخلاف دعاوي المال وغيرها .

---

(1) كذا بالنسخة ، ولعل الصواب : الصقع .

(2) كذا بالنسخة ، والوجه : تزوّجاً .

لنا : القياس على البيع والردة والعدة ، ولأن ظاهر عقود المسلمين الصحة .
احتجوا بأن النكاح خطر ، والوطء لا يستدرك فأشبه القتل ، وأن النكاح لما اختصّ بشروط زائدة على البيع من الصداق وغيره خالفتْ دعواه الدعاوي ، ولأن المقصود من جميع العقود يدخله البدل والإباحة ، بخلافه .

والجواب عن الأول : أن الغالب في دعوى المسلم مع بيّنته الصحةُ . فالإستدراك نادِر لا عبرة به ، والقتل[1] خطر أعظم من حرمة الفرج ، وهو الفرق ، فلا يلحق به .

وعن الثاني : أن دعوى الشيء يتناوله بشروطه ، بدليل البيع ، فلا يحتاج إلى الشروط في الدعوى كالبيع له شروط لا يشترط في دعواه .

وعن الثالث: أن الردة والعدة لا يدخلهما البدل والإباحة ، ويكفي الإطلاق فيهما ، وأما قولنا : لا تكذبها العادة ففي **الجواهر** : الدعاوي ثلاثة أقسام ، قسم تصدقه العادة كدعوى القريب الوديعةَ ، وتكذبه العادة كدعوى الحاضر الأجنبي ملك دار في يد زيد ، وهو حاضر يراه يهدم ويبني ويؤجر مع طُول الزمان من غير وازع يَزَعُه عن الطلَب من رهبة أو رغبة ، فلا تسمع دعواهُ . والثالث : ما لم يقضَ بصدقها ولا بكذبها بل أنها مشبه كدعوى المعاملة في موضع بشروط الخلط على ما يأتي إن شاء الله تعالى ، وقولنا : فيها غرض شرعي كما تقدّم في غير السمسمة ، وما علم أن المقصودَ به اللعبة والتعنت[2] .

النظر الثاني : في بيان حقيقة المدعي والمدَّعى عليه

وأصله قوله[3] ﷺ : (**لو أُعطيَ النّاسُ بدَعاوِيهِم لادَّعَى قَومٌ دماءَ قَوم وأَموالَهُم ، ولكِن البيّنةُ علَى مَن ادَّعى واليمين على مَنِ أنكر**) فليس كل طالب

---

(1) كذا ولعلها : وللقتل خطر أعظم . . .
(2) بالنسخة : العبة والتعنة .
(3) رواه الشيخان في القضاء عن ابن عباس بلفظ : اليمين على المدعى عليه ، ورواه البيهقي في السنن الكبرى عن ابن عمر ، ورواه الترمذي وابن حبان والدارقطني .

مدّعياً ، بل قد يكون مدّعىً عليه كاليتيمِ إذا بلغ ، وادَّعَى عدمَ قبضِ ماله تحت يد الوصي ، فإنه مدّعي ، عليه البيّنةُ ، وطالب الوديعة التي سلّمها ببيّنة مدّعي عليه ، ولا يُقبل قول المطلوب المودع إلا ببيّنة أن الوصي ما يؤمنه الله في الدّفع لأمره إياه فيه بالإشهاد ، والمودِع لم يُؤمِّن المودَع عنده ، لأنه أشهد عليه عند الدفع ، فقد أمنه على الحفظ دون الردّ ، ونظائره كثيرة ، فلذلك قال الأصحاب : المدّعِي مَن خالف قولُه أصلاً ، كدعوى الديْن أو عُرفاً كالوديعة المشهودِ بها ، فإن العادة : أن من أشهد عليه لا يعطي إلا ببيّنة ، والمدّعَى عليه مَن وافق قولُه أصلاً أو عُرفاً ، وقيل : المدّعي هو أضعف المتداعييْن سبباً ، والمدّعَى عليه هُو أقوَى المتداعييْن سبباً، وهو راجع إلى الأول ، فاليمين أبداً من جهة المدّعى عليه ، والبيّنة على المدّعي ، ليكون هذا شأنك في الترجيح بالعوائد وما يشبه من الأثمان وظواهر الأحوال وهي أمور غير منحصرة ، فمن رجح بواحد منها فهو المدّعي ، غير أنه قد أجمعت الأمة على أن الطالح إذا ادَّعى على الصَّالح فلساً أو بالعكس ، فإن الثاني مصدّق منهما كائناً مَن كان ، ولا يُصدَّق الصَّالح على الطَّالح ولو وصل الصَّالح إلى أقصى مراتب الصّلاح ، والآخر إلى أقصى مراتب الكذب والفساد ، بل المرجّحات تفتقر إلى دليل شرعي يدلّ على اعتبارها ، وبهذا ينتقض قول الأصحاب : المدّعي مَن خالف قولُه عرفاً أو أصلاً ، فإن الفاسق إذا كذّب الصّديق في دعوى الفلس ، العادةُ تكذبه مع أنه مدعى عليه إجماعاً ، فاعلم ذلك .

تنبيه : قال بعض العلماء : اختلاف العلماء في تقديم الأصل على الغالب ليس على إطلاقه ، فقد انعقد الإجماع على تقديم الأصل على الغالب في هذه الصورة ، وعلى تقديم الغالب على الأصل في البيّنة ، لأن غالبهما الصدق ، والأصل : براءة ذمة المشهود عليه ، والبيّنة مقدمة إجماعاً .

النظر الثالث : في جواب الدعوى

وفي **الجواهر** : هو إقرار أو إنكار ، فإن [قال][1] : لا أقر ولا أُنكر ولكن تُقيم

(1) في النسخة : كان . والمعنى على «قال» .

البيّنة أولاً وأحكامه إليك ، خُيِّرَ على أن يقرأ وينكر ، رواه أشهب لإظهاره اللَّدَد ، وقال أصبغ : يقول له القاضي : إما أن تحاكم وإلاَّ أحْلفتُ المدّعي وحكمتُ له عليك . هذا إن كانت الدعوى مشبهة تستحق اليمين مع النكول ، لأن نكوله عن الكلام نكولٌ عن اليمين ، وإلاَّ فقال محمد : حكم عليه بغير يمين من المدّعي لأنه كالإقرار ، وقال اللخمي : المدّعي بالخيار بين أخذ المدَّعى بغير يمين على أنه متى عاد إلى الإنكار عاد ذلك له ، أو يحلف الآن ويحكم له به مالك لكمال الحجة بالحلف ، بعد أن يعلم أن المدّعَى عليه أنه لم يقرَّ ولم ينكر حكم عليه كالناكل ، ولا ينقض له الحكم بعد أن يأتي بحُجة ، إلاّ أن يأتي ببيّنة لم يكن علم بها ، وإما أن يُسجن له حتى يُقرّ أو ينكر ، لأنه يقول : هو يعرف حقّي فإذا سُجِن أقرّ واستغنيتُ عن اليمين . وفي هذا النظر سبعة فروع :

الأول : في **الجواهر** : إذا أقرّ بخمسين من ستين وامتنع في العِدّة من الإقرار والإنكار ، قال محمد : أُجبر بالحبس حتى يقرّ أو ينكر إذا طلب ذلك المدّعي ، فإن أصرّ على الامتناع حُكِمَ عليه بغير يمين ، قاله محمد ، وكذلك المدَّعَى عليه بدار في يده ، فلا يقرّ ولا ينكر ، فإذا أُجْبِرَ وتمادى حُكم عليه بغير يمين .

الثاني : وقال ما تقدّم بيني وبينه مخالطة من أي وجه يدّعي هذا ، لزم أن يُسأل الطالب عن ذلك بسبب دعواه ، فإن ادَّعى نسيانه قُبِلَ ذلك منه بغير يمين لأن ذلك متوقّع وألزم المطلوب أن يقر أو يُنكر . وقال القاضي أبو الوليد : لا يوقف المطلوب حتى يحلف المطالب أنه لا يذكُر ما يدّعيه ، إذ لعله يذكر السبب فيجد مخرجاً ، فإن امتنع من ذكر ذلك السبب من غير أن يدّعي سبباً لم يُسأَل المطلوب عن شيء .

فرع مرتّب

قال : لو ذكر السبب فقال المطلوب : أنا أحْلِفُ أنه لا شيء له عندي من هذا السبب ، قال أشهب : لا يجزيه حتى يقول : ولا أعلم له شيئاً بوجه من الوجوه . قال القاضي أبو الوليد : الظاهر أنه يجزيه لأن الطالب لم يطلب بغير ذلك .

الثالث : قال : إذا قال لي : عليك عشرة فقال : لا يلزمني العشرة لم تكفِ اليمين مطلقاً حتى يقول : ولا شيءَ منها ، لأنه لا يلزم من نفي الكلّ نفي البعض .

الرابع : قال : إذا ادّعَى سلفاً أو بيعاً لا يكفي أن يقال : لا حقّ له عندي ، بل لم يُسلفني ما يدّعيه أو لم يبع مني شيئاً مما ذكر ، قاله مالك وسحنون . وكان مالك يقول : يجزىء ، ثم رجع . قال ابن يونس : قال مالك : لا بد من ذكر السبب ليلاّ يلغز . وقال عبد الملك: إن حلف أنه ما لَكَ عليّ ممّا تدّعيه قليل ولا كثير بَرِيء . وقال ابن حبيب : إن كان المدَّعَى عليه ممّن لا يُتّهم والمدَّعِي يُتهم بطلت البيّنة .

واعلم أن المشهور فيه مصالح ومفاسد ، أما مصالحه فلأنه إذا قال : ما اشتريت منه أمكن المحقّ أن يقيمَ البيّنة على الشراء فيخلص حقه . وأما مفاسده فإنه قد يكونُ وفّاهُ الثمن ونحوه فيعترف بالشراء فيلزمه الثمن مرّة أخرى ، وهذا هو الموجب لعدم اشتراط ذكر السبب .

الخامس : قال : إذا ادَّعى عليه مالك فقال : ليس لي بل وقف على الفقراء أو على ولدي أو مالك ، لم يمتنع ذلك من إقامة البيّنة من المدَّعي ما لم يثبت ما ذكر فتقف المخاصمة على حضور من تثبت له عليه الوِلاية . ولو قال : ليس لي بل لمن لا أُسمّيه فأولى أن لا يُمنَعَ من تمام المحاكمة . ولو قال : لفلان وهو حاضر فللمدَّعي تحليف المُقَرِّ لَهُ ، فإن نكل حلف المدَّعي وأخذ المدَّعَى به ، وإن حلف المقرّ له فللمدَّعي به . وإن حلف المُقَرَّ لَهُ فللمدَّعي أن يُحلِفَ المُقِرَّ لأنه أتلفه عليه بإقراره ، فإن نكل حلف المّدعي وأخذ قيمة المُقَرُّ بِهِ من المُقِرِّ. فإن أضاف إلى غائب وأثبت ذلك ببيّنة انصرفت الخصومة عنه إلى الغائب ، وإن لم يثبت ذلك لم يُصدَّق وحلف ، فإن نكل رجع المُدَّعَى به إلى المدَّعِي بغير يمين . فإن جاء المُقَرُّ له فصدَّق المُقِرَّ أخذه ، لأن من هو في يده يُتهم أن يكون أراد صرف الخصومة عن نفسه .

السادس : قال : جواز دعوى القصاص على العبد ليطلب من العبد الأرش ، يطلب جوابها من السيد .

السابع : قال : إذا ادَّعى لم يحلف وقال : لي بيِّنة قريبة فاطلبوا منه كفيلاً ، أُخذ منه كفيل بنفسه ما بينه وبين خمسة أيام إلى الجمعة . وللمالك : إذا قامت البيِّنة ، له طلب الكفيل قبل التعديل لوجود سبب صدقه من حيث الجملة . ولو ادَّعى عليه خلطة وادَّعى عليه بيِّنةً قريبة على اللطخ كاليوم ونحوه وكل ما المطلوب (كذا) وقال سحنون : يؤخذ منه كفيل .

النظر الرابع : في كيفية تصرف الحكام في الدعاوي

وفي **الكتاب** : إذا أقام غير الحائز بيِّنة دون الحائز قُضيَ للمدَّعي ، إلا أن تطول الحيازة كما يأتي بيانه إن شاء الله تعالى ، فلا تسمع دعواه . فإن أقاما بيِّنتين على نتاج أو نسجٍ فهو لمن بيده منهما لرجحان بيِّنته باليد . فعندنا تُقدَّم بيِّنة صاحب اليد وهو الداخل على بيِّنة الخارج شهدت بمطلق المِلْك نحو : هو ملكي ، أو مضافاً إلى سبب عن ملكي نسجته في ملكي أو وُلدت الدابة عندي ، قبل السبب المتكرّر كنسج الخز وغرس الشجر أَم لا كالولادة ونسج القطْن ، وقاله **(ش)** وقال **(ح)** : إن شهدت للخارج بمطلق المِلك قُدّمت على بيِّنة صاحب اليد . أو مضاف إلى سبب يتكرّر ويتداعيان السبب قُدّمت بيِّنة صاحب اليد . وقال ابن حنبل : تقدّم بيِّنة الخارج مطلقاً .

لنا : ما رواه جابر **أن رجلين تنازعا دابة وأقام كلٌّ واحد بيِّنةً أنه نَتَجَها فقضى بها رسول الله ﷺ لِمَن هي في يده**[1] ؛ ولأنَّ أحدهما ترجَّح باليد فيقدَّم ، كما إذا لم يقيما بيِّنةً ؛ ولقوله ﷺ : (**البيِّنةُ على مَنِ ادَّعَى واليمينُ على مَنْ أنكر**)[2] . وقد تقدّم بسط هذه المسألة في اختلاف البيِّنات فقهاً وسؤالاً وجواباً .

---

(1) رواه الدارقطني في **السنن** في الدعاوي والبينات . والبيهقي في **السنن الكبرى** في الشهادات ، عن جابر بسند ضعيف .

(2) تقدم تخريجه قريبًا .

فرع

في **الكتاب** : ومن أقامت بيده دار سنين يُكري ويهدم ويبني وقامت بيّنة أنها لك أو لأبيك أو جدك وثبتت المواريث وأنت حاضر تراه يفعل ذلك فلا حجة لك ، أو غائبٌ فقدِمْتَ فلك إقامة البيّنة . وكذلك من حاز على حاضر عروضاً أو حيواناً أو رقيقاً فلك الدار ، لأن الظاهر من العادة كذب الحاضر والحالة ذلك . ولم يحدَّ مالك في حيازة الربع عشر سنين ولا غيرها . وقال ربيعة : عشر تقطع دعوى الحاضر إلا أن يقيم بيّنة أنه أكرى أو أسكن أو أعار ونحوه . ولا حِيازة على غائب . وعن النبي ﷺ : (**مَنْ حَازَ عشرَ سنين فهُو له**)[1]. قال ابن القاسم : لو وَرِثْتَها عن أبيك فأقام ابنُ عمك بيّنةً أنها دار جده فهي حيازة كما تقدّم . قال ابن يونس قال سحنون : لمّا أباح الله تعالى القتال بعد عشر سنين كان ذلك أبلغ شيء في الإعذار ، لقوله تعالى : ﴿**وَأْمُرْ بِالْمَعْرُوفِ**﴾[2] وكلّ شيء يكذّبه العرف والعادة وجب أن لا يؤمر به ، بل يؤمر بالملك للحائز لأنه العرف فيمن رأى هذه التصرفات مع طول السنين من غير مانع ولم يَدَّعِ مِلكاً وَلا تَعَرَّضَ ويكذب دعواه ، ويصدق الحائز أن ذلك صار إليه بِبيع . واختلف في الهبة ، والصدقة أضعفهما . قال : والصواب : التسوية . وحدّد ابنُ القاسم الحيازة بعشر سنين وبثمانية إلى العشرة . وعنه : زرعُ الأرض عشر سنين يُبطل دعوى الأجنبي بخلاف الغرس والبناء . وقال أصبغ : مدة الحيازة المانعة في الثياب والحيوان والعبيد أقصر ، كلُّ شيء بقدره ، فالثوبُ : السنةُ إذا ألبس ، والدابة : السنتين إذا ركبت واغتلّها على وجه المِلك ، والأمة كذلك إلاّ أن يطأها وهو يعلم ولا يُنكر فتسقط حجته وإن لم تطل المدة قبل الوطء ، والعبيد والعروض فوق ذلك قليلاً . وقال مطرف : عشر سنين قاطعة في جميع الأشياء ، وقد يكون في بعضها

---

(1) رواه الربيع بن حبيب في (مسنده) في البيوع . ولا يصح ، واورده وهبة الزحيلي في (الفقه الإسلامي وادلته 69/4) مرفوعًا من مرسل سعيد بن المسيب بلفظ : (من حاز شيئًا على خصمه عشر سنين فهو احق به منه) ولم يعزه لأصل حديثي .

(2) (الأعراف : 199) .

الخمس والستّ والسبع والثمان باجتهاد الإمام في ذلك . والبيع والعتق والتدبير والكتابة وإصداق الأمة كوطئها يقطع الحجة إذا علم الطالب ولم يغيِّر ، قام بحدوث ذلك أو بعده . قال : إذا أثبت الطالب أنه لم يزل يخاصم في عشر السنين نفعه ذلك ، ولا يكفي اليومان ثم يمسك . قال : جري القناة سنة لا يمنع أن الجار قد يغفل عن ذلك بخلاف أربع سنين . قال : فإذا فتحتَ كوّةً ترى منها ما في دار جارك وأقامت أربع سنين ، ففتح جارك قبالتك كوّةً فطلبتَ سدّها فطلب الآخر سدَّ القديمة ، يحلف جارك ما ترك القديمة إلاَّ على معنى الجوار وتُسَدُّ الكوّتان . قال ابن القاسم : إذا أقرَّ الحائزُ أنه ابتاعها منك أو وهبتَها له أو تصدّقتَ بها عليه ولم تقم بيّنة صُدق في البيع مع يمينه إذا حازها زماناً يهلك في مثله البيّنات ، وتحلف أنت في الصدقة والهبة : ما خرجَتْ من مالك وتدفع قيمة ما بنى وما نقصت ، ويصدّق هو إن كان ورثها إلا أن تكون أنت غائباً فأنت أولى إلاّ أن تقيم بيّنة سماع على الشراء فيما طال زمانه . قال مطرف : إذا علم أصل الحيازة بكراء ونحوه فالحقّ لصاحب الأصل وإن طالت الحيازة ، إلا أن يقيم بيّنة بالبيع أو الهبة ، أو يُحدث فيها بِحضرتك ما لا يُحدثه إلا مالك وأنت ساكت . ووالد الحائز وولد الولد في جميع ذلك كآبائهم . قال ابن القاسم : لا حيازة على غائب ولو كان على مسيرة أربعة أيام ونحوهات وهو يبلغه موت الحائز وأولى وأتت (كذا) ولا يطلب ولا يوكل فله القيام ، ولا يقطع دعواه إلا الأمر الغريب ، وليس كل الناس يتيسّر عليه الطلب في ذلك ، إلا أن يعلم بذلك ويطول الزمان . ومسألة ابن العم جعل فيها الحيازة بين الأجنبيين والأقارب سواءً بخلاف ماله في غير **المدونة** . قال بعض القرويين : إن كانت القرابة يتسامحون الثلاثين سنةً لم تكن حيازة ، ويُنظر ما يتشاحُّون فيه ، وينظر في الهدم والبناء ، فإن كانوا لا يفعلونه إلا بعد المقاسمة فهو حَوْزٌ وإلاَّ فلا ، إلا أن يطول الزمان كالخمسين سنة . وما حاز الوارث بالوطء والبيع والتدبير والكتابة والعطية فذلك يقطع حق باقي الورثة . وعن ابن القاسم : الهدمُ والبناء ونحوه في الحيازة يستوي فيه الورثةُ والقرابة والأجنبيون في طول ذلك . وعنه : لا يُقطع حقّ الوارث بالبناء والهدم عشر سنين

بخلاف الأجنبي ، ويختص الوارث بما حازه بالوطء والبيع والتدبير والكتابة والعطية بخلاف الغرس والبناء والأربعين سنة ليست طولاً ، مات الوارثان أو أحدُهما أو بقيا إلا أن يطول جدًّا . وكذلك المرأة مع ولد زوجها إلاَّ أن يقسموا أو يبيعوا أو يُعتقوا بعلمها أو علم وارثها فيقطعُ حقَّهم ذلك . فإن فعلوا ذلك في بعض الرقيق في سترٍ منهم أَخَذت حقّها فيما أُعتقوه أو باعوه لأنها تعذر بالسكوت عن اليسير في جنب كثير الميراث . وإن فعلوا ذلك في جل الميراث بطل حقها في الجميع . قال مطرف : لا حيازة بين الشركاء والورثة فيما يزرع أو يسكن لغير عمارة وإن طال الزمان إلاّ في الخمسين سنة ، أو يحدث فيما لم يطل بيعٌ أو هبة أو قسم أو صداقٌ بحضور الباقين ولا يقومون بحدثان ذلك . وما حيز بالهدم والبناء والغرس والإحياء فهم فيه كالأجنبيين . قال ابن دينار : ما حاز الابن من أرض أبيه في حياته بالغرس والبناء والإحياء ولم ينقله الأب حتى مات وطال فهو للولد إن ادَّعاهُ ملكاً لنفسه ، وإن كان أبوه ينقله من موضع إلى موضع فلا . وعن ابن القاسم : لا حَوْزَ بين الوالد والوَلَدِ لأنه كالحوز للأب إلاّ ما ينسبه لنفسه بشراء أو صدقةٍ أو هبة . والحد الموضع والمولى والحتز (كذا) كالأجنبي . قال مطرف : ما عدا الشركاء والورثة من جميع القرابات : الإخوة وبنوهم ، والأعمام وبنوهم ، والأخوال والأصهار والموالي فكالأجنبي . قال أصبغ : إلاَّ الموالي الخولة المدبِّرين لأموالهم من الخاصية ، وكذلك الأصهار يكونون خولاً ووكلاء لصاحب الأصل أو مختلطين به حدًّا . ولا حيازة للإبن على أبيه وإن كان منقطعاً عنه ، قال : وحاصل الخلاف ثلاثة أقوال : الورثة والشركاء صنف لا يُقضَى لهم إلاَّ بطول الحيازة كالخمسين سنة ، والأجنبيين والقرابة غير الوارثة والأصهار والموالي صنف يُقضَى لهم بحيازة عشر سنين ويستوون كلهم في بيع المحوز ، وصدقتُه وهبتُه ووطؤه وكتابته وتدبيره فوتٌ وإن قرب ، واختلف في حوز الورثة بالبناء والهدم فقيل : كالأجنبي ، وقال أشهب : الورثة والأصهار والموالي كالأجنبي يُقضَى لهم بالعشرة ونحوها . قال سحنون : إذا أدخل في داره من زقاق المسلمين النافذ يُزيله الحاكم ولا حوز فيه لأنه طريق المسلمين ، بخلاف الأملاك إلاّ في نحو ستين سنة

فيترك لأنه لا يعلم بأي وجه وضع . قال اللخمي : كراء الدار أبين من السكنى ، لأنه ليس البنيان[1] فيمن اكترى أن يكري إلا أن يقول : تركت له الكراء ليرتفق به وبينهما مؤاخاة ، فقيل : إن كان يحتاج إلى الرفق ، وإن كان صاحب الدار يحتاج إلى الرفق لم يصدق . والهدم لما يُخشى سقوطه لا يمنع . وتُسأل الجارية : هل تُركت وديعةً أو عاريةً أو إجارة ؟ وهل يودع مثلُها لمثله أم لا ؟ وهل هو ممّن يُؤَجِّرُ جواريَهُ والآخر ممّن يستأجر أم لا ؟ ومتى أشكل الأمر حلف المالكُ ، ويتبع في ذلك قرائن كل نازلة . وكذلك في القرابة مَنْ عُلمَ منه المشاحَّةُ فهو على حقه وإن طالت السنون ونواريه (كذا) .

نظائر : قال العبدي : يعتبر ما بين الخمسين إلى الستين في خمس مسائل : في الحيازة على الأقارب ، وتعنيس الثيب ، والأربعون ديناراً إلى الخمسين مال تجب فيه النفقة في القراض والكسوة ، وكذلك البضاعة ، والخمسون ثمن الرابعية (كذا) وقيل في وصيّ الأم إن الستين ديناراً في حيّز القليل فيكون وصيًّا فيه .

فرع

في **الجواهر** : ليس كل شيء يحتاج إلى الدعوى ، فالقادر على أخذ المغصوب منه مع الأمن من الفتنة وسوء العاقبة بأن يعدّ سارقاً ونحو ذلك يأخذه ، ولا يلزمه الرفع للحاكم ، وحق العقوبة لأنه فيه [بمنزلة] الحاكم . فإن امتنع المدين من الدفع لك وحصل له في يدك شيء من جنس ما عليه أو من غير جنسه فَرُوِي : لك أخذ قدر دينك من الجنس والغريمُ غير مديان ، أو مقدار حصتك في حصاص المديان ، ورُوِيَ : المنع مطلقاً ، ورُوِيَ : لك الأخذُ ولو من غير الجنس بتحرِّي القيمة . ومستند ذلك : قصة هند بنت عتبة[2] . ولو جَحَدَكَ وعليك له مثلُ ما له عليك وهما حالَّان جاز لك الجحد على الرواية الأولى وإلا حيزت ويحصل القصاص . قلت : وظاهر المدونة : المنع مطلقاً لأنه من باب الخيانة .

---

(1) كذا ولعله : الشأن .

(2) متفق عليها في النفقات من الصحيحين وغيرهما عن عائشة .

فرع

قال ابن يونس : قال مالك : لا يحلف مع شاهديه إلاَّ أن يدَّعي غريمه قضاءً أو بيعاً ، فإن نكل حلف المطلوب ، ويروى : فإن نكل أُلزم . ولا بد من اليمين في الحق على الميت : أنه ما قبضه من الميت ولا شيئاً منه ولا أسقطه ولا شيئاً . فإن ادعيت عن ميت حلَّفْتَ مَن يُظَنّ به علم ذلك من الورثة البالغين على العلم ، ومتى نكل سقطت حصته من الدين بعد يمينك .

فرع

قال مالك : لَكَ أن تُوكِّلَ في الخصومة إلاّ عدو الخصم ونحوه لأنه فعل يتأتى للوكيل كالبيع ، ومنعه سحنون لأنه يُفضي إلى طول الخصومة بالمراجعة ، ومنعه مالك إذا شرعا في الخصام الا لعذر كسماعه لقبيح .

فرع

قال : إذا ادَّعَت الطلاق الثلاث وأنكره الزوج أُمِرَ بالنفقة لإقراره بِسببها ، قاله سحنون ، وربما لم يفرض لها نفقة ويقول : هو كمن أقرَّ بدين والآخر يُنكره . قال بعض القرويين : فيها نظر ، لأنها وإن اعترفت بعدم الإستحقاق فهي محبوسة ممنوعة من الأزواج مع أنها لا يحلّ لها تمكينه وقد يعجز عنها فهو موضع نظر . قال ابن يونس : أرى إن قَدَرَ على وطئها لزمته نفقتها لإقراره واستمتاعه ، وقد قال النبي ﷺ : (**وتقول له امرأته : أنْفِقْ عليَّ أو طلِّقْني**)[1] وإن عجز عن وطئها وهي كالناشز ، وقد اختلف في النفقة عليها . قال : وأحبّ إليَّ في هذا أن لا نفقةَ لإقرارها ومنعها .

فرع

في **الكتاب** : إن أقرَّ بالسلف من ميت وأنه قضاه ولم يطل الزمان غرم للوارث

---

(1) بعض حديث رواه البخاري في النفقات . باب وجوب النفقة على الأهل والأولاد . عن ابي هريرة .

لإقراره إلاّ أن يُثبت القضاء ، وإن طال حلف وبرِىء إلا أن يذكر ذلك شكراً فيقول : جزاه الله خيراً سلَّفني فقضيته فلا يلزمه شيء قرُب أم لا . .

فرع

قال : إن ادعيتَ عليه حرًّا وادَّعيت قرب البيّنة في يومك أو غدك ، وقفه القاضي ولا يحبسه إلا أن يقيم شاهداً . ولو ادَّعيت عبداً وسألت وضع قيمة العبد ويذهب به إلى بلدك لتشهد عليه البيّنة عند قاضيها فلك ذلك لأنه عذر إذا أقمتَ الآن شاهداً على القطع أو بيّنة سماع أنهم سمعوا أنه عبدك وأنه سُرِقَ منك ، وإلاّ فلا لك أخذه ولا إيقافه إلا أن تدّعي البيّنة حاضرةً أو بيّنة بِسماع ، سمعت دعواك ، ولك ذلك في قرب البيّنة اليوم ونحوه .فإن أتيت بشاهد أو سماع فلك وضع القيمة عند مالك والذهاب به إلى بلدك لحصول شبهة الثبوت وهو كالإيقاف . ونفقة العبد في الإيقاف على من يُقضَى له به . قال غيره : إنما يوقف مثل ما شُهد على عينه من الرقيق والحيوان والعروض لأن ذلك تحوّل وترك عينه ، وقال ابن القاسم : يُوقَف ما لا يُؤمَن تغييره ، والمأمون كالعقار والرباع ، وما له علة إنما يوقف وقفاً يُمنع فيه من الإحداث فيها ، والغلة للذي هي بيده [. . .][1] حتى تُقضى المطالب. وقال سحنون : هذا إن كان هناك [. . .][1] وسارت إليه من مبتاع ، ومتى كان في إيقاف العبد ضرر استحلف المدَّعَى عليه وسلّمه إليه بغير كفيل ، وإن ادَّعَى بيّنة حاضرة على حقه أُوقف له نحو خمسة أيام ، وهذا التحديد لغير ابن القاسم ، قال غيره : إن ادَّعيت أو مستهلكاً (كذا) وطلبت كفيلاً سألك القاضي بيّنة على خلطة أو معاملة أو ظنة ، فإن ادَّعيت على الخلطة بيّنة قريبة وكل به حتى يبين اللَّطخ يوماً ونحوه ، فإن أتيت بذلك وادَّعيت على الحق بيّنة بعيدة استحلفه وأطلقه بغير كفيل ، لعدم الشبهة في أصل الحق ، أو قريبةً ألزَمَهُ كفيلاً بوجهه إلى جميعه لا بالمال لعدم ثبوته ، كما يوقف الحيوان والعُروض للحاجة للحضور للشهادة على عينه ، وما لا يحتاج إلى إحضاره لتشهد البيّنة على عينه لا

---

(1) كلمتان مطموستان .

يؤخذ فيه كفيل ، وفي **النكت** : نفقةُ العبد على مَن يُقضى له به ، وقيل : إن لم يتطوّع أحدهما بالنفقة وتشاحًّا فهي على مَن هو بيده ، لأنه على أصل ملكه ، فإن ثبت للآخر رجَع عليه ، وإذا هلك الشيء الموقوف لأنك أقمتَ شاهداً ولم تحلف : قيل : إما أن تحلف أو تغرم القيمةَ لأنك بسببك عرض للهلاك ، وأعيب قول من يقول : إنك تحلف ، لأن عندك هلاك ذلك الشيء فيكون بيمينك قد ثبت لك ، ويجب رجوع المشتري على بائعه بالثمن ، لأنه لا يستقيم أن تحلف لِحقّ ثبتَ لغيرك ، وإذا أوقف لتركته للشاهدين ، فخاف فساده ، فأقام شاهداً واحداً فالجواب سواء يباع بخلاف إذا أقام شاهداً واحداً عدلاً وأَبَى أن يحلف وقال أي تأخر فخاف الحاكم فساده ، وإذا لم يثبت فيسلمه للمطلوب ، لأن الطالب قادر على إثبات حقه بيمينه مع شاهده ، وإذا لم تثبت عدالة الشاهدين ، وباعَه الحاكمُ خوفَ الفساد يدفع الثمن للمدَّعَى عليه وهو أقل بما شَهِدت به البيّنةُ التي كانت للمشتري ، فلا يقال للمشتري ها هنا : يخرج ، لأن البائعَ قد رجَعَ إليه ثمنَ سلعتِه ، فهو كرجوع عينها إليه ، والمشتري يقول : لم أسلم المبيع ولا صح لي شيء فلا ثمن له قبلي ، قال ابن يونس : إذا ثبت القذف فادَّعى القاذف بيّنة قريبة تشهد أن المقذوف كما قال القاذف في السوق ونحوه ، حبسه عنده وأمره بإحضارها ، أو بعيدة جدًّا[1] ، وإن جاء بالبيّنة بعد ذلك زالت عنه جُرحة الحد ، وحد المقذوف ، وكذلك الجِراح ، وما يكون في الأبدان يحبسه مع الشاهد ، ولا يأخذ به كفيلاً ، ويسجن إذا شهد شاهد في العمد دونَ الخَطَأ لأن الدية على العاقلة ، ولا يؤخذ منه كفيل إلى تزكية االشاهد ، إلا أن يطلب الشهادة على عينه ، وإن كان الخطأ يوجب أقلَّ من ثلث الدية أُخذ منه كفيل ، لأنه مال عليه ، وأجاز[2] ابنُ القاسم إقامةَ البيّنة على عبد غائب إذا وصفته وحليته ويقضَى لهُ به كالسلَم ، ومنعه ابنُ كنانة لاحتمال وقوع الخلاف عند حضوره ، والذي قال في

---

(1) في النسخة : أو بعيده حرا .

(2) وفي النسخة : ولا جاز .

الكتاب : إن التحديد لغير ابن القاسم ، هو سحنون ، وهو المراد بعد ذلك بقوة[1] ، وقال غيره : إنما تُوقف مثل ما شهد على عينه من الحيوان ، وقال سحنون : لا يُوكَل بالمطلوب إذا ادعيتَ بيّنةً قريبةً على اللَّطخ ، وأين يجد من يوكل بهذا وهذا ، بل يأخذ منه كفيلاً حتى يأتي بالمطلوب ، قبل : وعلى قول سحنون إذا لم يجدْ كفيلاً سُجن ، قال اللخمي : قال مالك العبد في[2] الوقف ، ثم ثَبت للمدَّعي فهو منه ، إلا أن تكون جارية والمشتري مُقرٌّ بالوطْء ، ولأنه لم يستبرىء فمن المشتري ، ولا يرجع بالثمن ، وعلى قوله : من المستحق ، تكون الغلة له ، وقال سحنون : المصيبة من المشتري حتى يُحكم به للمستحق ، قال مالك : وإذا ادَّعى العبد أو الجارية الحرية ببيّنة غائبة لم يُمَكَّنا من طَلَبِهما إلاَّ أن يأتيا بما يُشبه الحقْ ، ويأتي العبد بحميل ، فإن أتيا بشاهد واحد ، وادعيا أنه بعيد الغيبة لم يقبل[3] يطلب شهودهما ، وإن كان سيدُ الجارية غير مأمون ، وُقفت وضرب لها أجل الشهرين ونحوهما ، قال أصبغ : إن كانت من الوخش رأيتها مثل العبد ، ويُخَلَّى سبيلُها تطلب إذا جاءت بحمل .

فرع

في **الكتاب** : إن ادَّعيتَ ما يفسد من اللحم ورَطب الفواكه ، وأقمت لَطخاً أو شاهداً وأبيت[4] أن تحلف وادعيت بيّنة قريبة أجلت ما لم يُخَف[5] فساد ذلك الشيء ، فإن أقمتَ شاهديْن وأخذ ذلك الكشف عنهما وخيف فسادُه بيع ووقف ثمنه جمعا بين المصالح ، فإذا زكّيت البيّنةُ وأنت مبتاع أخذتَ الثمن ، وأديتَ الثمن الذي قالت بيّنتك كان أقلَّ من ذلك أو أكثر ، ويقال للبائع إذا كان يأخذ أكثر من الثمن الموقوف : أنتَ أعلم بالمخرج عن الزيادة ، وإن لم يذكرا أخذ

---

(1) كذا .

(2) كذا .

(3) كلمات مطموسة لا تقرأ في الصورة .

(4) في النسخة : وبيت .

(5) في النسخة : ما لم يخاف .

المدَّعى عليه الثمن الموقوف ، لأنه عليه بيع نظراً وإن ضاع الثمن قَبلَ القضاء أو بعده فمن قُضيَ له به ، قال ابن يونس : إذا ادَّعَيتَ على من بينكما خُلطةً ، فليس عليه كفيل بِوَجهه حتى يثبت الحق الخلطة[1] لك الكفيل ، لأنها مظنة الحق ، قال سحنون : فإن لم يجد كفيلاً حبس ، قال ابن القاسم : وليس طلب وكيل منه لسماع بيّنة ، لجواز سماع البيّنة على الغائب ، قال سحنون : إذا كان مشهوراً سُمعَت البيّنة في غيبته ، قال اللخمي : أرا[2] لينظر في البيّنة وعدلت أن يُخيَّر المشتري بين ثلاثة أشياء : فسخ البيع عن نفسه ، لأن البائع لم يُمَكّنه منه ، أو يغرمه مثله . أو يأخذ ما بِيعَ به إذا كان الأول جِزافاً ، ويغرم الثمن الذي اشتري به ، وإن لم يدرك البيّنة فالموقوفُ للبائع ولا شيء له على المشتري إن بِيعَ بأَقَلَّ ، والفرق : أن الأول إذا ثبتت البيّنة بالبيع كانت شهادةً على البائع بالتعدّي ، وإن أتى بلطخ فسلم للبائع للخوف عليه ، ثم ثبت البيع ، خُيِّر المشتري بين الفسخ عن نفسه أو يغرمه المِثلَ ، لا تقبل الشهادة فيه بعد تسلمه ، فإن كان البائع يدَّعي البيع وأنكر الآخرُ الشراء وبيع لِتُعدَّلَ البيّنة ، فإن عدلت كان ما بِيعَ به للمشتري وغرم الثمن ، وإن لم يعدل فما بيع به لِصاحبِه .

فرع

في **الكتاب** : إذا أمرت غريمك يدفع دَينك لرجل بعينه فقال : دفعتُه ، وأنكر القابض ، لم يبرأ المأمور إلاّ ببيّنة ، لأنه ليس أميناً على المأمور بالدفع إليه ، وإن قال القابضُ : قبضتُ فضاع مِنّي لم يبرأ الدافع إلاّ ببيّنة ، وكذلك من وكلته على قبض مال فقال : قبضتُه وضاع مني ، لا يبرأ الدافع إلا ببيّنة ان دفع إليه ، أو يأتي الوكيل بالمال إلا أن يكون الوكيل مفوَّضاً ، لأن الأصل : بقاء الدَيْن عنده ، أو وصيًّا[3] بخلاف وكيل مخصوص ، لقوة التفويض العام يقتضي[4] إباحة الإذن

(1) كذا .

(2) بياض .

(3) بالنسخة : اوصيا .

(4) كذا .

للناس ، **والقاعدة** : أن الدافع إلى غير الذي دفعت إليه فعليه البيّنة أصلُه : قوله تعالى في الوصي : ﴿**فَإِذَا دَفَعْتُمْ إِلَيْهِمْ أَمْوَالَهُمْ فَأَشْهِدُوا عَلَيْهِمْ**﴾[1] .

فرع

في **الكتاب** : إذا ثبتت[2] دَعْواكَ الأَرضَ بموجبها والذي هي بيده يحفرها مُنِعَ من الحفر ووُقفت ، وليس له ذلك ولو قال : إن ثبتت لغيري هدمت ، لأنه حينئذ يتصرّف فيما ظاهرُه لغيره ، وقال غيره : إذا قامت بيّنة غير قاطعة في أرض امتنع بيعُ الذي هي بيده ، لأنه غرر .

فرع

قال : إذا ادعيتَ عيناً قائمة بيد رجل ، فلا بد أن تشهد بيّنتُك مع الملك بأنك ما بعت ولا وهبتَ ولا خَرجتْ من ملكك ، ولا يقضى بها مع ذلك حتى تحلف على البَتّ : ما بعتَ ولا وهبتَ ولا خَرجت من ملكك بِوَجه من الوجوه ، وليس عليك بيّنةٌ بأنك ما بعت ولا خرجتْ من ملكه ، لأنها شهادة على نفي غير محصور .

قاعدة : شاع بين الفقهاء أن الشهادة على النفي غير مقبولة ، وفيه تفصيل مجمع عليه ، وهو : أن النفي المحصور تقبل الشهادة فيه ، كالشهادة على هذا البيت ليس قبلي[3] ، فإنه معلوم النفي بالضرورة ، وكذلك غير المحصور إذا عُلمَ بالضرورة أو النظر ، كالشهادة على نفي الشريك لله تعالى ، ونفي زوجية الخَمسة[4] ، فهذه ثلاثة أقسام ، تقبل الشهادة فيها على النفي إجماعاً ،أما غير المحصور وغير المعلوم نحو : ما باع زَيدٌ وما دَايَنَ فهو غير محصور ، فهذا مراد العلماء[5] ببيّنة ، فقد صرح فيما تقدم أن النصابَ إذا كمُل لا يحلف معه ، وها هنا

---

(1) (النساء : 6) .
(2) في النسخة : إذا يثبت لدعواك الأرض موجهاً .
(3) كذا .
(4) كذا ولعلها : الخامسة .
(5) كلمات مطموسة في الصورة

ألزمه الحلف ، والقاعدة خلافُه أن من كمل سببُه لا يحلف ، إنما يحلف لكمال السبب مع الشاهد الواحد ، أو الدفع كيمين المدَّعَى عليه ليبرأ ، وإنما يحلف في الدعوى على الميت والغائب لعدم من يقدح في البيّنة ، فَجُعِلَ عوضَ ذلك تحليفُ الطالب ، ورأيتُ بعض الفقهاء يقول : هذه محمولة على أنه ادَّعى على غائب فعلى هذه[1] وإلاَّ فهِي مشكلة ، فتأمل ذلك .

فرع

قال : من قُضيَ له بحق من ميراث أو غيره لا يؤخذ منه كفيل ، وذلك حوز لكمال سبب الملك ، والأصل : عدم معارضته .

فرع

قال : إذا ادَّعى أحد المتفاوضيْن على رجل ديْناً من شركتهما ، ليس للمطلوب أن يحْلف على حصة الطالب وحده ، بل على الجميع ، لأن فعل أحدهما كفعلهما ، فإذا حلف هذا ثم أتى صاحبه ، لم يكن له أن يحلفه ، لأنه قد حلف لشريكه ، ولو وكلتَ في قبض مالكَ على فلان فجَحَده فحلَّفه ، لم يكن لك تحليفُه ، قال ابن يونس : كِلا المتفاوضيْن وكيل لصاحبه في التحليف ، قال بعض القرويين : ليس عليه الحلفُ في الجامع إذا ادَّعى عليه بثلاثة دراهم : لأن كل واحد إنما يجب له درهم ونصف ، ولو ادَّعى عليهما ثلاثة دراهم ، حلَّفهما في الجامع ، لأن على كل واحد درهم[2] ونصف ، وهو كفيل بالباقي ، فالثلاثة على كل واحد منهما .

فرع

إذا ثبت ديْن لميت فادَّعى المطلوب القضاء حلف مَن يظن العلم من الورثة الرُّشَداء على علمِهم دون مَن لم يظن به ذلك ، ودون الصغير ، ومَن نكَلَ منهم سقَطت حصتُه فقط .

---

(1) في النسخة : فعلى هذه إلا ، وإلا فهي . . .

(2) كذا .

فرع

في **الجواهر** : إذا قال : أبرأني موكّلك الغائب ؛ قال ابن كنانة : يحلف الوكيل : ما عَلم ذلك ، ويقبض الدين ولا ينتظره ، إلا أن يكون قريباً على مثلِ اليومين ، فيكتب إليه فيحلفه ، وقال ابن القاسم : لا يحلف الوكيل وينتظر الموكل .

فرع

قال : المُسْتَرَق إذا ادَّعى أنه حُرُّ الأصل صُدق مع يمينه ، إلا أن يكون بِيَدِ حائزٍ له حوز الملك ، لأن اليد ظاهرة في الملك ، فإن ادَّعى الإعتاق فعليه البيّنةُ ، لأن الأصل : عدمُه ، والصغير المُعرِبُ[1] عن نفسه يدّعي الحرية ، فإن تقدّمتْ لمن هو بيده حيازة وخدمة لا يصدق[2] أو متعلقاً به لا يعلم فيه خدمة ولا حيازة صُدق ، لأنّ الحرية هي أصل ابن آدم .

فرع

قال ابن القصار : إذا تنازعا داراً ليست في أيديهما وأقام كل واحد منهما بيّنة أن الدار كلها له : قال ابن القاسم : الدار بينهما بعد أيْمانهما ، وقاله (ح) ، وروي عن مالك : يوقف الحكم فيها إذا تساوت العدالة ، وعند **(ش)** أقوال : أحدها : الرواية الثانية ، وثانيها : الأولى ، وثالثها : يقرع بينهما ، وقاله علي بن أبي طالب رضي الله عنه .

لنا على المشهور : ما[3] رواه تميم بن طرفة الطائي **(أن رجلين تنازعا شيئاً**

---

(1) في النسخة : العرف .

(2) كلمة مطموسة .

(3) رواه ابن أبي شيبة وعبد الرزاق كلاهما في **المصنف** في الدعاوي والبيّنات من طريق سِماك ابن حرب بن تميم ، وهو مرسل . وأخرجه الطبراني في **الكبير** موصولاً بإسنادَين عن جابر ابن سمرة ، لكنه ضعيف ، وفي الباب عن أبي هريرة وأبي موسى عند أحمد وأبي داود وابن حبان وغيرهم بسند صحيح إلاّ أن فيه : ليس لواحد منهما بينة .

وأقام كل واحد منهما بيّنةً ، فجعله النبي ﷺ بينهما نصفين) ، ولأن اليد حجة ، وإذا تقابلت اليدان يقسم ، فكذلك إذا تقابلت البيّنتان ، ولأن إعمال الحجتين كل واحدة منهما من وجه ، أو لأن[1] إلغاءهُما كالعمريَيْن إذا تعارضا[2] ؛ وجه القول الآخر بالوقف : أن الحاكم قد غَلَب على ظنّه أن الدار لأحدهما ، ولم يظن عينه لعدم المرجح ، فهو كما لو قامت البيّنة أن الدار لأحدهما ولم يعيّن المالك ، فإنه لا يَسمع شهادتهما ، ولأن الأصل : أن لا يحكم إلا بسالم عن معارض ولم يوجد .

فرع

قال أشهب : إذا ادَّعى كل واحد منهما أنها في يده لم يصدقا إلاّ ببينة ، فَمَن أقامها باليد أو بالملك قضي له بذلك ، فإن أقاما بينتيْن قضي بأعدَلِهما ، فإن استوَتَا ولم يكن في شهادة كل بينة أنها لَيستْ في يد الآخر ، جُعلتا في يديهما نصفيْن في أيديهما ، فإن شَهِدت كل بينة أنها في يد هذا دون الآخر سَقَطَتا إنْ استَوتَا ، وبقيت على ما هي عليه ، والاَّ قضي بأعدل ، وإنْ شهد أحدهما أنها لزيد والآخر أنها في يد عَمرو قضي بهَا لِزَيد ، وإنْ لم يقيما بينة فلا يستحْلف أحدهما للآخر أنها ليستْ في يده إلاّ أنْ يكونا جميعاً في الدار ، وقد أقام كل واحد[3] بينةً أنها في يده دون غيره ، فيحلف كل واحد أنها في يديه دون الآخر ، فإن حلفا[4] عدل مخالف .

تنبيه : اليد ما[5] . . . فأعظمها ثياب الإنسان التي عليه . ونعله ومنطقته ، ويليه البساط الذي هو جالس عليه ، أو الدابة التي هو راكبها ، ويليه الدابة التي هو سائقها وقائدها ، ويليه الدار التي هو ساكنها ، فهي دون الدابة لعدم الإستيلاء

---

(1) بالنسخة : اولا من .

(2) كذا .

(3) بالنسخة : واحدة .

(4) بياض بالنسخة بقدر كلمات .

(5) كلمات مطموسة في الصورة .

على جميعها ، قال بعض العلماء : فيقدم أقوى اليدين على أضعفهما ، فلو تنازع الساكنان الدار : سوي[1] بينهما بعد أيْمانهما ، أو الراكب مع الراكب والسائق ، قال : يقدم الراكب مع يَمينه .

فرع

قال : قال أشهب : إذا كانت بيد رجل فادَّعاها آخر ، وأقام البينة أنّ اباه مات وتركها ميراثاً منذ سنة ، لا يعلمون له وارثاً غيره ، وشهدت بينة صاحب اليد لِمثل ذلك ، قُضي بالأعدل ، فإنْ استويا بقيت لذي اليد وليس بقضاء ، قال سحنون : فلو لم يُقِم صاحبُ اليد بينةً ، وأقام اثنان بينتيْن تساقطتا وبقيت لذي اليد ، قال أشهب : إذا تعارضت بينة ذي اليد والخارج قضيتُ بأعدلهما ، فإنّ استوَتَا قضيتُ لصاحب التوقيت ، فإنْ وقتتا فلأولهما توقيتاً ، فإنْ لم يوتيا وبينة ذي اليد شهدت أنه أعتقه ، أجيز العتق ، ولا يرد حتى يقيم الذي بيده[2] البينة أنّ العتق بعد ملكه إياه ، وقال بعض أصحابنا : إذا قال صاحب اليد : هي لزيد ، فقضي بها له ويقيم بينته ، ويقيم مدَّعيها بينة لا يكون ذو اليد أَولَى لأنـَّها صَارَت في يديه بدَعوى المدعي .

تنبيه : اليد إنما تكون حجة[3] إذا جُهل أصلُها ، أما إذا كانت بغصب او عارية أو غير ذلك مما يعلم أنها لم تنشأ عن ملك فلا تعتبر في الترجيح .

فرع

قال : فإذا استوتا في اليد على عَبد قُضي بالأعدل ، فإن استوتا فحينئذ ارجح بالعبد إنْ كان كثيراً فهو لمن اعترف له ، ومتى جاء الآخر بالأعدل قضي[4] به للآخر والْغي الإقرار من العبد ، وكذلك إذا ادَّعياها في يد ثالث ، فإقرار الثالث

---

(1) بالنسخة : سوا .

(2) بالنسخة : الذي هو بيده .

(3) بالنسخة : إنما تكون من حجة .

(4) بالنسخة : وقضي .

بالعارية من إحدهما مرجّح عند عدم البينة ، أو تعادلها بعد يمينه في التكافي ، وبغير يمين عند عدم البينة ، ولا يمين على المقِر ، لأنه لو رجع[1] عن الإقرار لم يصدق .

فرع

قال : إذا ادَّعيَاها في يد ثالث ، وقال أحدهما : أجرته إياها ، وقال الآخر : أودعتُه ، صُدق مَن عُلم سبقُ كرائه أو ايداعه ، إلاّ أنْ تشهد بينة للآخر أنه فعل ذلك بحيازة عن الأول وحضوره ، ولم ينكر ، فيقضى له ، وإنْ جُهل السبقُ قُسم بينهما ، قاله أشهب ، فلو شهدت بينةُ أحدهما بغَصب الثالث منه ، وبينة الآخر الثالث اقر له بالإيداع قُضي لصاحب الغصب لتضمين بينة اليد السابقة .

فرع

قال :[2] إذا كانت دارٌ في يد رجلين وعبْدٍ[3] لأحدهما ادَّعاها الثلاثة ، قُسمت بينهم أثلاثاً إنْ كان العبد تَاجِراً وإلاّ بنصفين ، لأن العبد في يد مولاه ، أو في يد عبدٍ واحد[4] فتداعياها لأنفسهما فهي بينهما نصفان[5] ، ولو أقرَّ بها العبدُ الساكن معه فادَّعاها مولَى العبد لنفسه أو لعبده ، تَحَالَفا وأخذ الحر النصفَ والعبدُ أو مولاه النصف ، لأن إقرار العبد بما في يده لا يقبل إذا نازعه السيد ، وإن كانت في يد حُر وعبدَيْن تاجرين أو غيرَ تاجِريْن وادَّعاها العبدان سيدهما[6] والحر لنفسه ، أو ادعاها كل لنفسه ، قُسمت بينهم أثلاثا لتقابل الدعاوي ، وإنْ كان السيد معهم في الدار ، وهما غير مأذونين لقُسمت بينه وبين المدعي لنفسه نصْفين ، ولم يكن للعبديْن دفع السيد ، لأنهما ماله ، وكذلك لو كان معه في الدار عيالٌ له أو أضياف ، لم ينظر إلى عددهم ودعواهم ، لأنَّ يدَهم ليست مستفادةً من يده ، فإن

---

(1) بالنسخة : لو رجح .
(2) بالنسخة : قال قال .
(3) بالنسخة : وعند .
(4) بالنسخة : وحد .
(5) كذا .
(6) كذا ولعلها : أو سيدهما الحر .

كانوا أربعة ، أحدُهم يدعيها لنفسه ، والباقون للذي ليس معهم فَالربعُ لمُدعيها لنفسه ، والباقي لمن ادَّعاها الباقون له ، ولو كان معهم في الدار قُسمت بينهم نصفيْن ، ولو قال الثلاثة : أكراها منا وهي له لَقُسمت على أربعة كان معهم في الدار أم لا ، لأن الكراء أوجب لهم يداً فيها ، والذي[1] ثلاثة ارباعها .

فرع

قال : قال أشهب : إذا قضي لك ببينة ثمّ ادَّعاه آخر ببينة قُضي بأعدلهما ، أو يُقسم بينكما إنْ استوتا بعد أَيْمانكما ، فإن نَكَل أحدكما قُضي للحالف ، فإن نكلتُما قضي للذي انتُزِع من يده ، فإن اقتسمتُما في تكافيء البينتيْن ، ثمّ أقام أحدُهما بينة أخرى أعدل من بينة صاحبه الأولى قضي له لمَزيد[2] العدالة ، أوْ مثل الأولى أو دونها أقرت بينكما نصفيْن ، ولو قضي لك بميراث من ادَّعيت الولاء عليه بالبينة ، ثمّ ادعاه نظر في حُجته ، ومن حجته أنْ يقضى لمن أعتق أولاً ، وإنْ كانت بينةُ الآخر أعدل ، لأن التاريخ أقوى ، وإنّ جهل التاريخُ قضي لأعدلهما ، وإن استوَتَا صار كَمَا لاَ شهادة فيه ، فيبقى تحت يد من كان تحت يده .

فرع

قال : قال عبد المَلك : قلتَ : هي لي ، وقال صاحب اليد : بل النصف ، حلف صاحبُ ايَد : مالك إلاّ النصف ، وإنْ كانت بيد غيركما ، تحالفتُمَا ولك ثلاثة أرباعها ، وله ربعها ، لوقوع[3] التداعي في أحد النصفين فلك نصفه ، وقال مالك : لك ثلثاها لأن القسمة على الدعاوي تضرب أنت بسهم ، وهو بسهمين ، قال مالك : وكذلك إنْ أبضعت مع رجل ديناراً وآخر دينارين فَخلطَتهما فضاع دينار ، اقسمتما الباقيين أثلاثاً ، وقال ابن ابي سلَمة : أحدهما بينكما نصفان ،

(1) كلمتان مطموستان في الصورة .

(2) بالنسخة : لمريد .

(3) بالنسخة : لوقرع . ولعلها : أو وقع .

والآخر لصاحب الدينارين ، قال ابن القاسم : إنْ ادَّعيت الدينار ، وآخر الثلثين ، والآخر النصف وتكافأت البينات ، أو لا بينةَ بينهم فلمدعي[1] الجميع ثلثُها لأنه لم يدَّعه أحد ، والسدس بين مدّعي الكل ومدعي النصف نصفين ، ونصف السدس بين مدعي الكل ومدعي النصف ومدعي الثلث أثلاثاً ، والربع بين جميعهم ، وقال أشهب : إذا ادَّعيت الكل وادعى النصف وهو في أيديكما ، هو بينكما نصفان ، لتساويكما في الحيازة ، وقيل : يقسَم مثل هذه على عَول الفرائض ، وإنْ قال أحد الشريكين : لي ثلث المال ، وقال الآخر : بل النصف ، فالذي ثبت عليه ابنُ القاسم : لمدعي الثلثين النصف ، ومدعي النصف الثلث ، والسدس بينهما نصفان ، وقال أشهب : يقسم نصفين إذا حلف .

فرع

قال : دار في ايديكما ادَعى أحدكُما جميعَها والآخر نصفها ، وفي يد كل واحد منكما منها بيت وحدَه ، والبيت الذي لمدعي النصف بينهما نصفان ، لأنه أقرار لصاحبه فيه[2] النصف ، والساحَة بينهما نصفان ، قال سحنون : وليست كالدار التي بأيديهما جميعاً ، لأن كل شيء منها في أيديهما ، وهذه بيد كل واحد منها شيء ليس بيد صاحبه ، قال اشهب : فإن لم يكن فيها غير البينتين[3] إلاّ أنْ يكون جميع الدار في أيديهما ، وكل واحد منهما في منزل منهَا ، فيكون المنزلان[4] كما تقدم ، وبقيت الدار بينهما نصفان لعموم الحوز ، ومَتى استويا في حوز دار أو عبد فادَّعى أحدُهما أكثر من النصف حَلَف له الآخرُ ليس إلاَّ .

فرع

قال : قال أشهب : دار ببلدكم على أحدكم لي ثلثُها ، ولصاحبي ثلثها ، ولا

---

(1) بالنسخة : فالمدعي .

(2) كذا ، وفي الكلام نقص .

(3) كذا ، ولعلها : البيتين .

(4) كذا .

شيء للآخر وقال الآخر : لي نصفها ولصاحبي نصفها ولا شيء للآخر ، فهي بينكم أثلاثاً ، فلو قال أحدكم : للأجنبي فلان نصفُها ، ولي نصفها ، ولا شيء لكما ، لي ثلثُها وللأجنبي ثلثاها ، وقال الآخر : لي ثلثها وللأجنبي ثلثها لدفع الأول له نصفَ ما في يديه ، ومن قال : له ثلثها ، أعطاه ثلث ما في يديه ، ومَن له ثلثها أعطاه ثلثيها ، ولو قال رجلان : لي الثلثان ولزيد الثلث ، وقال الآخر : لي ثلثه ولزيد ذلك الرجل بعينه ثلثاه لا شيء لزيد ، لأن كل واحد إنما أقر بما في يد صاحبه إلاّ أنْ يكونا عدلين فيحلف مع كل واحد منهما يميناً ويأخذ الجميع .

فرع

قال : قال أشهب : سُفلها[1] بيدك وعُلُوها بيده ، وطريقه في ساحة السفل ، فتداعيتما كل واحد جميعَ الدار ، فَلَك الدار إلاّ العلو وطريقه ، فهو لصاحب العلو بعد أَيْمانكما أو نكولكما ، لأن يَدَ كل واحد على ما قُضي له به ، ويُقضى بأعدلِ بينتيْكما ، فإن استوتا بقي لكل واحد ما في يده .

فرع

قال : قال أشهب إذا تداعيا جداراً متصلاً بِبناء أحدِهما ، وعليه جذوعُ الآخر ، فهو لمن اتصل ببنائه ، ولصاحب الجذوع موضوع جذوعه ، لأنه حوزه ، ويقضي بالجدار لمن إليه عقود الأربطة ، والآخر بموضع جذوعه ، وإنْ كان لأحدهما عليه عشر خشبات ، وللآخر خمس خشبات ولا ربط ولا غير ذلك ، فهو بينهما نصفان لا على عدد الخَشَب وبقي ما تحت الخشب منها بحالها ، وإذا انقسم خشب أحدهما رُدَّ مثل ما كان ولا يجعل لكل واحد ما تحت خشبة منه ، ولو كان عقده لأحدهما من ثلاثة مواضع ، وللآخر من موضع ، قسم بينهما على عدد العقود ، وإنْ لم يعقد لواحد منهما ولأحدهما عليه خشب معقودة بعقد البناء أو متقوية بعقد لبناء يوجب ملك الحائط ، وقيل : لا يوجبه : وفي

---

(1) بالنسخة : سلفها .

المقربة نظر ، لأنها طارئة على الحائط والكوى ، فعقد البناء يوجب الملك ، وكوى الضوء المنفوذة لا دليـل فيها ، قال ابن عبد الحَكَم : إذا لم يكن لأحدهما عقد ، وللآخر عليه خشب ولو واحدة ، فهُو له ، وإنْ لم يكن إلا كُوى غير[1] منفوذة أرحمت[2] الملك ، وإنْ لم يكن إلاَّ حظير قصب لأحدهما فَلَه الملك والقـ[3] والطوب سواء .

فرع

في **الجواهر** : قال : من أقر لغيره بملك ، ثمّ ادَّعاه لم تُقبل دَعواه حتى يدعي تلقي الملك من المقَرِّ لَه .

فرع

قال : إذا ادَّعى الإبن إلارث ، وادَّعت زوجة أبيه أنّ أباه أصدقها ذلك أوباعه لها ، قدمت بينتُها .

فرع

في **النوادر** : قال أشهب : ادَّعيتَ الشراء بمائتين منه والنقد ، وأُدَّعى آخر الشراء بمائة وأنه نقدَ ، فإن وقتت البينتان فهي للأول والآخر ، كل منكما في أخذ نصف الدار ونصف الثمن الذي نقدَ ، أو جميع الثمنَ وإنْ قال كل منكما : شراه قبل الآخر حلفتُما وسئل البائع : أيُّكما الأول ، فإن قال : صاحب المائتين وجب للبائع الثمن كله ، ولي عليه نصف قيمة الداريوم زَعَم أنه باعها من الآخر ، وإنْ قال : ما أعرف الأول ، أو ما بعت من واحد منهما اقتسماهُ نصفين ، وَرَجَع كل واحد بنصف ثمنه ، وإنْ شاآ رَدَّها وأخذاَ ثمنيهما ، وإنْ رداها فللبائع إلزام أيهما

(1) بالنسخة : غيره .

(2) كذا ولعلها : أوجبت .

(3) كذا (والف) ولعلها : والقصب .

أيهما شاء ، فإن قال أحدهما : أخذت نصفَها فنصف ما دفع ، وقال الآخر : أرد ، فذلك لهما ، وإنْ وقتت أحدى[1] البينتين دون الأُخرى قُضي بالتوقيت .

فرع

قال : قال ابن عبد الحَكَم : شهد شاهد بملكه لِزيد ، وشهد شاهدٌ أنّ زيداً اقرَّ به لعَمرو ، وهو بيد ثالث ، حَلَف زيد وأخذه ، ثم يحلف عَمرو على إقرار زيد مع شاهده ويأخذه منه ، فإن قال زيد : لا أحلف ، أو قال : ليس هو لي[2] لأن اعتبار الإقرار متوقف على ثبوت ملك زيد ولا يحلف أنّه لِزيد ، لأنه لا يثبت مِلك زيد بيَمين عَمرو ، وليس كيمين الغرماء في دَين المَيّت إنْ نكَل ورثتُه لثبوت أصل حقهم .

فرع

قال : قال ابن وهب : إذا شهد لك أنّ الذي في يده غصبه منك ، وأقام هو بينة أنه اشتراهُ منك ، قُدم الشراء لأنه مزيل للغصب ، ولو شهد لك برَهنه عنده ولم توقت البينتان ففي كتاب ابن سحنون : يقدم الشراء إلاّ أنْ يثبت تأخِير الرهن فيعلم وجوعه لك ، وقاله ابن القاسم ، وقيل : يقضَى بأعدلهما ، وإنْ لم تكن لكما بينةٌ صُدقت مع يمينك ، لأنه أقر لك بالملك وادّعى الشراء ، وكذلك في تكافُىء البينتين .

فرع

قال : قال ابن القاسم : وَلَدت أَمتُك ابنين فاشترى أحدهما وأعتقه وتَرَكَه عند أمه فمات أحدُهما فادَّعى أنّ الحي عتيقُه ، وقلتَ : بَل الهالك ، صُدّقت . لأن الأصل : بقاء ملكك على هذا .

---

(1) بالنسخة : أحد . . . الآخر وقضي .

(2) كلمتان مطموستان في الصورة»

فرع

قال : قال أشهب : مَن بيده صبي أقام آخرُ عليه بينةً أنّه ابنُه ، وقامت بينة أخرى على إقرار مَن هو بيده أنه ابنُه ، قُضي لَمَن شُهد[1] له أنه ابنه ، إلاّ أنْ تكون بينة تشهد بإقراره أيضاً فيلحق نسبه[2] بمن هو بيده ، لأنّ مَن أقر بالولاء لرجل ثمّ طلب نقله عنه لم يكن له ذلك ، فإن اقام آخر بينةً أنه مولاه فهو أحق به لشهادته بزيادة .

فرع

قال عبد الملك : إذا تداعيا امرأة بيد أحدهما قُدّمت بينة أولها وقتاً ، فإن لم يؤرخا ، أو اتفق التاريخ : قُضي لمَن هي في يده ، قال ابن القاسم : إنْ كانت لأحداهما أعدلَ والمرأة مُقِرة لأحدهما أو منكرة فسخ النكاح بطلقة ، بخلاف البيوع ، وقال محمد : لا ألزم الطلقة مَن تزوجها منهما الآن قبلَ أنْ ينكح أحدٌ ، لاحتمال أنه الزوج ، وقال سحنون : يُقضى بأعدلهما ، فإن استوت لم يكن الفسخ طلاقاً لأنه لم يثبت نكاح ، ومن اصاب بينة بعد ذلك فله القيام .

فرع

إذا ادَّعى صبياً نَصْرانيٌّ ومُسلم لم يُولد عندهما ، فقال النصراني : هو ابني ، وقال المسلم : عبدي ، يُقوَّم على النصراني ويكون عتيقاً ، ولا يلحق به نسبه ، ولما قال : هو ابني فقد أقر أنه حُرٌّ .

فرع

قال : قال أصبغ : قالت بينة المُسلمة : مات مسلماً ، وأخته النصرانية : ماتَ نصرانياً ، فقد تداعيا النصف فيُقسَم بينهما بعد أَيْمانِهما ، والنصف الآخر لِبيت[3] المال ، فإن قال الإبن المسلم : مات مسلماً ، وقالت البنت[4] النصرانية : بل

(1) بالنسخة : شهدا .
(2) بالنسخة : نسب .
(3) بالنسخة : بييت .
(4) بالنسخة : البينة .

نصرانياً، فللبنت الربع لأنها تدعي النصف ، وللإبن ثلاثة أرباع لأنه يدعي الكل، ولو تأخر قَسم[1] التركة ، ثمّ وُجد في الأولاد مسلم فقال : أسلمتُ بعد الموت ، وقالوا : قبله فلا يستحق ، فعليه البينة ، قاله ابن القاسم ، لأن الأصل : أنْ لا يرث المسلم الكافر ، وقال ابن عبد الحكَم : القولُ قولُه ، لأن الأصل : عدم التقدم ، والأصل : ميراثه من أبيه ، فهو على وفق الأصلين ، وقال أشهب : إنْ أقرا أنّ أباهما مات مسلماً وفي يدهما دار ، وقال أحدهما : أسلمت وإني مسلم ، وصدّقه أخوه ، وادَّعى الآخرُ ذلك فكذبه أخوه ، وقال : بل اسلمتَ بعد ، فهي للمسلم الذي اجتَمعا عليهِ ، وعلى الآخر البينة ، وكذلك إذا تنازعا في الحرية ، وهذا إذا لم تطل حيازتُهما للدار ما تكون حيازة على الآخر ، ولو ادعى الكافر أنّ أباه مات كافراً ، وقال المسلم : مات مسلماً ، حَلف كلٌّ على دَعواه ، وقُسم بينهما، ولو قال الأولاد المسلمون : مات مسلماً ، وقال الأبوان الكافرَانِ : بل كافراً ، فكل فريق يدعي الجميع ، فيحلف على دعواه ويَرثون كلُّهم ، قال سحنون : وهذا إذا كان الأبوان غَريبيْن لا يعرف أصلُهما ، وإلاَّ صُدِّقَا ، لأن الأصل في ابن النصراني أنه نصراني ، وإذا قال رجل : هذا الميتُ ابني ، وهذا أخي، وأنا مسلم ، وهو مسلم ، وادَّعى نصراني أنه أبوه ، والصغير أخوه وأنه نصراني ، فُعل بالميت ما يُفعل بالمسلمين ، وإنْ كان له تركة بأيديهما أقتسماها بعد أيْمانِهما ، ووُقف ثلث ما بيدِ كل واحدٍ[2] منهما ، فإن كبر الصغير وادَّعى الإسلامَ أخذ ثلث ما أقرَّ به المسلم ، أو النصراني أخذَ ثلث ما بيد النصراني بعد يَمين المنكِر ، وإنْ لم يعلم أنهما والداه كلفا إثبات النسب إلاّ أنْ يكون المال بأيديهما ، وإن كانوا ثلاثة أحدهم نصراني ادَّعى أحد المسلميْن موتَه مسلماً ، والنصراني أنه مات كافراً وَوَقَف أحد المسلميْن ، فقد اعترف المسلم المدعي أنه لا يستحق إلاّ النصف ، والنصراني يدَّعي جميع المال ولا منازع له في النصف ، ويقسم النصفُ

---

(1) بالنسخة : قسمة .

(2) بالنسخة : واحدة .

الآخر بينهما بعد أَيْمانهما ، فيقسم الربع وثلاثة أرباع ، ولا شيء لغير المدعي ، وإنْ كانوا نصرانيين وكافرين ، وتداعَى الفريقان ، قُسم أرباعاً بعد أَيْمانهم ، فإن نكَل أحد الفريقَيْن فجميعه للفريق الحالف ، وإنْ نكل واحد من كل فريق فنصيبه للذي معه إنْ حلف ، فلو رجع أحد المسلمين وأحد الكافرين بعد أنْ قبضوا ، فالراجع أولاً يسَلّم حقه لِلطائفةِ الأخرى ، فإن رجعا معاً فالراجع يُسَلم لمن لم يرجع من الفريق الآخر ، لأنهما لو نكلا قبل القسم كان المالُ بين الحالفَيْن من كل فريق نصفيْن ، وإنْ قال ابنٌ نصرانيٌّ : أبوه كان نصرانياً ، وقالت ابنته : كان مُسلماً ، ولهما أخت صغيرة ، فهو مقرٌّ للصغيرة بالثلِث ، والكبيرة المسلمة تُقر للصغيرة بالثلث والكبيرة ، فتأخذه ، والتداعي في الثلث فيقسَم بين الكبيرة ، وللذكَر الثلث الذي يصير للكبيرة ، لأنها[1] يقول في الثلث ، والثلث للعصبة ، فيصير للذكر الثلث ، وللعصبة السدس ، وللكبيرة السدس ، إنْ كان العصبةُ على دِين البنت ، وقد تقدم في اختلاف الشهادات بعضُ هذا .

فرع

قال : قال أشهب : أشهد[2] إنْ مات من هذا المرض فهذا العبدُ حُر ، وقال العبدُ : مات من مَرضه ، وقال الوارث : صح منه ، صُدق الوارث مع يمينه ، لأن العبد يدعي الحرية ، قال محمد : إنْ شهدت بأنه أوصى في مرضه صُدّق العبد ، لأن الأصل : عدمُ الصحة ، فإن اقاما بينتيْن قُضي بالأعدل ، ولو قال : إنْ مت من هذا المرض ، فمَيمُونٌ حرٌّ ، وإنْ برئت فمَرزوقٌ حُر ، فتنازع ميمون ومرزوق الصحةَ والمرضَ ، وصَدق الوارث مرزوقاً[3] على الصحة ، صدق الوارث مع يمينه ، ولا قول لمن أخذ به لأنه مرجوح به ، وأنْ اقاما بينتين قُضي بالأعدل ، وإنْ

---

(1) كذا .

(2) بالنسخة : شهد .

(3) بالنسخة : مرزوق .

استوتا عُتق من كل واحد النصف ، قال محمد : وذلك إذا لم يَغيبوا غيبةً يمكن فيها صحة، وقال أصبغ : تقدم شهادة الصحة لأنها زيادة .

فرع

قال ابن نافع : إذا شهدت بالبيع بعشرين ، وشهدت أُخرى للمبتاع أنه باع بعشرة ، قضي بالزيادة ، وكذلك الطلاق ، وقال أشهب : إنْ اتفقوا على اتّحَادِ[1] المجلس قُضي بالأعدل وإلا سقطتا وتحالفا وتفَاسخا .

فرع

قال : قال سحنون : إنْ قال أحد الشاهديْن لك فلان فعل ،وشهد بحِنطةٍ زَرَعها ، انها شهادة واحدة[2] ، فإن ادعيتَ أحدهما حلفتَ معه ، وإن ادعيتَ الشهادتيْن بطَلَتا للتكاذب .

فرع

قال : قال ابن دينار : إنْ شهد ثلاثة أنه أوْصَى لَك بمائة ، واثنان أنه أوصَى بخمسين ، ولزيدٍ بخمسين ، فَلَكَ ثلاثة أرباع المائة ، ولزيد ربعُها لاجتماعهم على خمسين ، والتداعي في خمسين ، فإن شَهِدت بمائة لَك ، وبخمسين لزيد ، وشهدت الآخرى بأن الخمسين لك ، والمائة لعَمرو ، قُسم الجميع نصفيْن بينكما، ولو شهدت أنه ذَبَحَه ، وأُخرى أنه غرَّقَه سَقَطتا ، لأنها أفعال مختلفة ، ولا يقسم على إحداهما إلاّ أنْ يدعيها دون الأخرى .

فرع

قال : قال ابن القاسم : إذا ثبت عليه ألفُ دينار فأتى ببراءة ، وبراءة بألف فأكثر ، وقال المدعى[1] منها ولا تاريخ ، صُدق مع يمينه لأن الأصل : عَدمُ حق

---

(1) بالنسخة : اتخاذ .

(2) كذا والكلام غامض ولعل به نقصاً .

آخر ، وضعفه سحنون[1] اليمين ، بل يُصدق ، قال ابن القاسم ، فإن أثبت اقرارَكَ بخمسمائة ، وأقام بينة أخرى أنك قبضت خمسمائة ، وادَّعيتَ التداخلَ ، وادعَى التبايُن ، صُدقت مع يمينِك ، إلاّ أنْ تكتب عليك براءتيْن ، لأن الكتابة لا تكون إلاّ مع التبايُن ، أو في براءة ألف[1] مائة فيها وحدها ، بريء مع يمينه وإلاّ قال[1] ابن القاسم : ولو اقررتَ بقبض مائة ، فأقام بينةً بقضائك مائة ، فقلتَ : هي التي اعترفتُ بها ، وقال : غيره ، صدق مع يمينه ، وقال عبد الملِك : تصدق أنت مع يمينك ، لأن الأصل : بقاء الدْين والجمع بين الشهادة والإقرار ممكن ، وقد جعل أصحابنا الإقرار في مجالسَ واحداً[2] بخلاف البرآات .

فرع

قال : قال سحنون : إذا شهدا انك قلت : إنْ دخلتُ الدار فعبدي حر ، وشهدَاهما أو غيرُهما بالدخول ، عُتق ، وإنْ شهدَ بالدخول واحد حلفه وبرىء ، وإنْ شهد باليمين واحد ، يالجنب[3] إثنان ، أو أقر به وأنكر اليمين ، حَلَف أنه ما حَلَف وبريء ، ولو شهد واحدٌ باليمين وَواحدٌ بالفعل ، لم يحلف لعدم موجب الحِنث ، ولو كان على أحد الأَمرين شاهدانِ ، وعلى الآخر شاهد لم يبرأ إلاّ بشاهديْن سبب اللزوم ، فيلزم اليمين ، قال محمد : ولو شهد بالحلف والحنث واحد حلفتُه .

فرع

قال ، قال أشهب : إذا جَحَد الوديعةَ ، ثم ادَّعى ردَّها لم تُسمع بينتُه لأنه كذَّبها بالجَحْد ، وكذلك الديْن ، قاله مالك ، قال عبد المَلك : وكذلك القِراض والبضاعة إذا جَحَده ثمّ ادَّعَى تَلَفَه : وذلك إذا قال : ما كان ذلك ، أما إذا قال : مَا لَك عندي منه شيء ، نفعتْه البراءة ، لأن لفظه محتملِ ، والرسولُ يجحد أصل الرسالة ، ثمّ يعترف ويدعى التلَف ، قال مالك : يحلف بالله ويبرأ ، وكذلك

---

(1) كذا .

(2) بالنسخة : واحد . . . البراوات .

(3) كذا ولعلها : وبالحنث .

القراض ، وعن مالك : إنْ جَحَد حتى قامت البينة لم يُصدَّق في الضياع ، وقال ابن القاسم : إذا جَحد القراض ، ثمّ ادَّعى الرد ضمن ، بخلاف الضياع ، وقال مالك : يحلف في الوجهين ويبرأ ، وقال ابن كنانة : إذا ادّعيتَ عليه مالاً فجَحَدَكَ ، ثمّ أتى ببينة بالرد ، لم ينفعه إلاّ أنْ يأتي بوجه عذر ، وإنْ ادَّعيتَ أيضاً[1] حازها عشرين سنة فأنكر ، فأقمتَ البينة ، فأقام هو ايضاً بينةً أنه اشتراها من ابنك ، نفعه ، لأنه يقول : رجوتُ أنْ تنفعني الحيازة ، بخلاف الدْين ، وقال أشهب : لو قتل الموصَى له الموصي عمداً ، وشهدت بينته فصدَّقها بعضُ الورثة فيأخذوا نصيبَهم من الوصية ، ومَن كذَّبها لم يأخذ ، وكذلك الوارثَ إذا قَتَل فصدق البعض بينة دون البعض ، وأقر الموروث بديْن لبعض الورثة فصدَّقه بعضهم : قال سحنون : إذا ادَّعاها ميراثاً ، ثم أقام بينة أنّ اباه باعها له لم يسمع ، لأنه كذبها بدعواه ، ولا ينفعُه قولُهُ : كنتُ أجهلُ البينة الأخيرة ، وإذا قُلتَ : ليس لي عنده إلاّ ألف درهم ، فأقمت بينة بألفين بَطَلَت إلاّ أنْ يقول : كنتُ أبرأته من ألف ، ونحو ذلك ، قال محمد : ولو جَحَدَك البيعَ فأقمتَ بينةً بالبيع بخمسين ديناراً لم تنفعه بينة بثمن أكثر ، وإنْ اقر الوصي لليتيم بعشرة وجَحد خَادماً ، ثمّ أتى ببراءة بعشرين وقال : دَخَل فيها ثمنُ الخادم ، يقبل منه في الخادم ، وقال محمد : لا يقبل ، لأنه كذَّب نفسه ، ومن كَتَب صَكاً بقرض ، ثمّ أقام بينةً أنه قِراض ، لزمه أقرارُه القرض إلاّ أنْ يقيم بينة على إقرار الطالب ، لأن الطالب يؤاخذ بإقراره كما يؤاخذ هو بإقراره ، قاله سحنون ، وخالفه ابنُه ، وقال : تنفعه بينتُه .

فرع

قال : قال ابنُ القاسم : إنْ أتيتَ بذكر حق[2] بمَحْو وشهدت بينتك ، فقال : قضيتُه ومَحاه ، يلزمه وتحلف أنت ما قَضاه ، فإن قلتَ : أنا محوتُه وظننتُ أنه قضاني ، حَلَف هو وبرىء لإقرارك بمحوه .

---

(1) كذا ولعلها : بضاعة .

(2) كذا .

فرع

قال : قال ابن عبد الحَكَم : إذا قَضَاكَ لم تُجبَر على أعطاء الصك ، بل تكتب له براءة ، كان في الموضع مَن يكتُب الشروط أم لا .

فرع

قال : إنْ قلتَ : أعطني ثمن الثوب ، فقال : وكلتَني في بيعه ، صُدقتَ مع يمينك بنفي الوكالة لا بالبيع فتطلب بالقيمة ، لأن الأصْل : عدم الإذن .

فرع

قال : قال مالك : إنْ قلتَ : اشتريتُها لك ، فلك طلبُه بالثمن إنْ قبضها ، ولم تنقد ، وإنْ نفدت صُدق في جميع الثمن اليك ، لأن الأصل : عدم إسلافك إياه ، قال سحنون : إلاّ أنْ تُشهد عند الرفع أنك تعطي من مالك ، فصَدّق مع يمينك .

فرع

قال : قال سحنون : إذا احَلتَه بألف على ألف وقام بالإستحقاق[1] فإن كان المحالُ يشبه أن يكون ذلك له قبلك صُدق مع يمينه ، قال ابن القاسم : ولو أمرَته يدفع عنك مالاً ففعل وقُلتَ : كان لِي دَيناً وأنكر ، صدق مع يمينه ، لأن الأصل : عدمُ دَينك عنده .

فرع

قال : قال أشهب : إنْ مات أحد الشريكين صُدق أحدُهما أنّ للميت معَه السدس فيما في يده .

فرع

قال : قال أشهب : إنْ قلتَ : بعتُك هذا العبدَ ودبرتُه وأنكر ، لزمك التدبير ، وتأخذ الثمن من خدمته الذي يدعي ، إلاّ أنْ يقر فتعطيه ما بقي منه ، فإن

(1) بالنسخة : وقال الإستحقاق .

استوفيتَ بَقِيَ مدبَّراً مؤاخذة لك بإقرارِك ، فإن مت وهو يخرج من ثُلثك عُتق وإنْ كان عليك ديْن .

فرع

قال : قال اشهب : إنْ أبضعتَ ثلثَمائة دينار مع ثلاثة في شراء جارية فأَتَوا بها فزعم اثنان : أنهم اشتروها على صفته بمائة ، وقال الثالث : بثمانين : وَهُم كلُّهم عدول ، أَخذتَ من الإثنين تسعةً وستين إلاّ ثلثه . ومن القائل بثمانين ، ثلاثة وثلاثين وثلثاً ، ولم ير شهادة الإثنين شهادة .

فرع

قال سحنون : إذا نسجت المرأة الثوب فادَّعاه زوجها فيقول : الكتان لي ، وتقول المرأة : إنه لها ، أو إنها غزَلَتْه من كتّانها ، قال ابن القاسم : هي أولَى بما في يدها مع يمينها ، إلاّ أنْ تقر أنَّ الكتان للزوج فيكونان شريكين في الثوب بقدر ما لكل واحد منهما .

فرع

قال مطرف : تأخر ذكر الحق عشرَ سنين لا يبطله ، وإنْ قُسمت التركة وهو حاضر لم يَعلَم بَطل ، إلاّ أنْ يعتذر بغيبة بينة ، أو قال : لم أعرفهم ، او لم أجد الكتاب أو للورثةِ سلطان ، فيحلف : ما ترك القيام إلاّ لذلك ، فإن نَكَل حلف الوارث : ما يَعلم لكِ حقاً قبل وليه ، فإن نَكَلوا غرموا .

فرع

قال : قال مطرف : إذا باع أجيرٌ عند فَرَّاءٍ بمحضره فَرْواً فقال : هو لي ، إنْ كان مثلُه يَعمل لنفسه وهو أجير ، صُدق معَ يمينه .

تنبيه : مسائل أثبتت على خلاف الظاهر . إذا ادعى البَر التقي[1] على فَاجرٍ

---

(1) بالنسخة : التقا .

غاصبٍ لم يقبل قولُه ، وإذا ادَّعى الفاجرُ على التقي حلفناه ، أو أتت المرأة بولد لدون خمس سنين بحق الزوج ، أو يولد لستة أشهر مع قدوته ، ولو زنت ثمّ تزوجت وأتت بولد لتسعة أشهر من يوم الزنا ، ولستة من يوم الزواج لحق بالزوج وإنْ أنكر الوطْء مع ظهور صدقه بالظاهر والأصل ، ولكن الزوج متمكن من دفعه عن نفسه باللِّعان ، والمقِر بمال عظيم قيل : يلزمه اقل ما يتمول ، والحالف بالقرآن ، تلزمه الكفارة إنْ حَنَث مع أنّ القرآن ظاهر في اللفظ المحدث .

تمْهيد

إذا ادَّعى خصم من مسافة العدو فَمَا دُونَها وجبت الإجابة ، لأنه لا تتم مصالح الأحكام وإنصاف الظالمين[1] من المظلومين إلاّ بذلك ، فإن لم يكن له عليه حق لم تجب الإجابة ، أوله ولكن لا يتوقف على الحكام وهو قادرٌ على ادائه ، لزمه أداؤه ، ولا يجب عليه الإجابة ، ويجب عليه الإمتناع لاسيما في الدّماء والفروج والحدود وسائر العقوبات الشرعية ، فإن كان الحق موقوفاً على الحُكام كأجَل العِنّين يخيَّر الزوج بين الطلاق ولا تجب عليه الإجابة ، وبين الإجاية وليس له الإمتناع منهما ، وكذلك الفسوخ الموقوفة على الحُكام ، وإنْ دَعاهُ إلى حق مختلَف في ثبوته ، وخصمُه يعتقد ثبوتَه وجب ، أو عَدم ثبوته لم يجِب ، لأنه مبطِل وإنْ دعاه الحاكمُ وجَبت ، وإنْ طُولب بحق وَجب عليه على الفور كرد الغُصوب وجب اداؤه في الحال ، وَلاَ يَحِل له أنْ يقول : لاَ أُدفعُه إلاّ بالحاكم ، لأن وقوف[2] الناس عند الحاكم صعب ، وأما النفقاتُ فيجب الحضور فيها عند الحكام لتقريرها إنْ كانت للأقارب ، وإنْ كانت الزوجة أو الرقيق يخير بين إبانة الزوجة وعتق الرقيق أو الإجابة .

فرع

قال بعض العلماء : إذا ألزم المدعَى عليه بإحضار المدَّعَى به لتشهد عليه البينة

---

(1) كذا والوجه : العكس .

(2) بالنسخة : لأن أو وقوف .

فإن ثَبت الحق فالمؤنة على المدعَى عليه ، لأنه مبطل صلح[1] كذلك ، وإلاَّ فَعَلَى المدعي ، لأنه مبطل في ظاهر الشرع ، ولا تجب أجرة تعطيل المدعَى عليه في مدة الإحضار ، لأنه حق للحاكم لا تتم مصالحُ الأحكام الأبه .

نظائر : خولفت قاعدة الدعاوي في قَبول قول المدعي في خمس مسائل : **أحدها** : اللعان يقبل فيه قولُ الزوج ، لأن العادة أن الرجل ينفي عن امرأته الفواحش بحيث أقدم على رَميها بها مدمة (كذا) الشرع مُضافاً إلى الأَيْمان والدعاء[2] على نفسه باللعن وهو أشد البعد من الله تعالى . **وثانيها** : الأَمة[3] يُقبل فيها قول الطالب لمن (كذا) حجه باللوث . **وثالثها** : قَبول قول الأمناء ليلا يزهد الناس في قبول الأمَانَات فتفوت المصالح المترتبة على حفظ الأمانات . **ورابعها** : قَبول قول الحكام فيمَا يدَّعونَه من الجَرح والتعديل وغيرهما من الأحكام ليلا تفوت المصالح المترتبة على ولاية الأحكام . **وخامسها** : قَبول (قول)[4] الغاصِب مع يَمينه في تَلف المغصوب للضرورة الخاصة ليلاً يخلد في الحبس ، ثمّ الأمين قد يكون أميناً من جهة مستحق الأمانة ، أو من قِبَل الشرع كالوصي والملتقِط ومَن أَلْقَت الريحُ ثَوباً إلى بَيته .

فرع

قال بعضُ العلماء : إذا عجزتَ عن أقامة الحجة الشرعية فاستعنت على ذلك بِوالٍ يحكم بغير الحجة الشرعية أَثِمَ دُونَكَ[5] إنْ كان الحق جاريةً يُستباح فرجُها ، بل يجب ذلك عليك ، لأن مفسدة الوالي اخَفُّ من مَفسدة الزنا والغصب ، وكذلك الزوجة ، وكذلك استعانتُك بالأَجناد ، يأثمون ولا تَـأثم ، وكذلك في

(1) كذا .

(2) بالنسخة : وادعاً .

(3) بالنسخة لم تتضح الكلمة ، وكتبت مقسومة ولم يظهر منها إلاّ (مة) في أول السطر ولعلها : المأمومة .

(4) زيادة يقتضيها السياق .

(5) بالنسخة : اتم دولك .

غَصب الدابة وغيرها أو جحد ذلك ، لأن الصادرَ من المُعِين عصيان لاَ مفسدةَ فيه ، والجَحد والغصب عصيان ومفسدة ، وقد جوز الشرعُ الإستعانة بالمفسدة لا من جهة أنها مفسدة ، على دَرء بمفسدة أعظم منها ، كَفِداء الأُسَراء ، فإن أَخْذَ الكُفار لِمالِنا حرام عليهم ، وفيه مفسدة إضاعة المال : فَمَا لاَ مفسدَة فيه أولى أنْ يجوز ، فإن كان الحقُّ يسيراً نحو كسرة وتَمْرة حرُمتا الإستعانة على تحصيله بغير حجة شرعية ، لأن الحاكم[1] بغير ما أمر الله أمر عظيم لا يباح باليسير .

فرع

قال بعض العلماء : إذا تنازعتما حائطاً منتصباً ، هل هو منعطف لدارك أم لا ؟ فأَمَر الحاكمُ بكشف البياض لينظر ، إنْ جعلت الأجرة في الكشف عليك فمُشكل ، لأن الحق قد يكون لخصمك ، والأجرة ينبغي أنْ تكون لمن له نفع العمل ، ولا يمكن أنْ تقع الإجارة على أنّ الأجرة على من ثبت له الملك ، لأنكما حرمتُمَا بالملكية فما[2] وقعت الإجارة إلاَّ جازماً ، وكذلك القائف لَو امتنع إلاّ بأجْر ، قال : ويمكن أنْ يقال : يُلزم الحاكمُ كلَّ واحد منهما باستئجارِه ، وتَلزم الأجرة في الأجير ممن ثبت له الملك كما يحلف في اللعان وغيره وأحدُهما كاذب .

تنبيه : الإبراء من المعين لاَ يصح بخلاف الدّين ، فلا يصح إبراؤك من داري التي تحت يدك ، لأن الإبراء الإسقاط ، والمعينُ لا يسقط ، نعم تصح فيها الهبة ونحوُها .

قاعدة : الحبس يكون لغيبة المجني عليه حفظاً لمحل القصاص ، أو للإمتناع من دفع الحق[3] لجأ إليه ، أو تغييراً وَرَدْعاً عن المعاصي ، أو للإمتناع من التصرف الواجب الذي لا تدخله النيابة ، كحبس من أَسلَم عن أختيْن وامتنع من تعْيين

---

(1) كذا ولعلها : الحكم .

(2) بالنسخة : بما ، وفي الكلام شيء .

(3) كذا .

أحداهما ، أو أقر بأخْذ عين وامتنع من تعيينها ، أو للإمتناع من حقوق الله تعالى التي لا يدخلها النائب[1] ، كالممتنع من صوم رمضان ، فهذه خمسة أقسام .

سؤال : كيف يُخلَّد في الحبس مَن امتنع من دفع دارهم مع قدرته عليه وعجزنا عن أخذها منه ، لأنها عقوبة عظيمة لِجناية حقيرة ؟

جوابه : انها عقوبة صغيرة بإزاء[2] جناية صغيرة ، لأنه في كل ساعة ممتنع من أَدَاء الحق فتقابل[3] كلٌّ ساعة من ساعات الإمتناع ساعة من ساعات الحبس .

---

(1) كذا . والوجه : النيابة .

(2) بالنسخة : بأن .

(3) بالنسخة : فيبقى بل كل . . . لِساعة من ساعة . . .



بسم الله الرحمن الرحيم ، صلى الله على سيدنا ومولانا محمد

كتاب الأَيْمان

والنظر في الحالف ، والمحلوف عليه ، والحلف ، وحكمه ، والنُّكول ، فهذه خمسة أنظار .

النظر الأول : الحالف

وفي **الجواهر** : هو كل مَن توجهت عليه دعوى صحيحة فصحت احترازاً من المجهولة أو غير المحررة[1]، ومشتبهة احترازاً من التي يُكَذبها العُرف . وقد تقدم أنّ الدعوى ثلاثة أقسام : ما يكذبها . وَمَا يشهد أنها غير مشبهة ، وما يشهد بأنها مشبهة كدَعوَى سِلعة معينة بيد رجل ، أو دعوى غريب وديعةً عند جاره ، أو مسافر أنه اودع أَحد رُفقته ، وكدعوى على الصانع المنتصب أنه دفع إليه متاعاً ليصبغه ، وعلى أهل السوق المنتصبين للبيع أنه اشترى منه ، أو يوصي في مرض موته أنّ له ديناً عند رجل فينكر ، فهذه الدعاوي مسموعة ، ويُشرع فيها التحليف بغير خلطة ، والتي شهد العرف بأنها غير مشبهة كدعوى دَين ليس مما تقدَّم ، فلا يستحلف إلاّ بإثبات خُلطة ، قال ابن القاسم : وهي أنْ يسالفَه ويبايعَه مِراراً وأنْ يتقابضا في ذلِك الثمن أو السلعة ، وتفاصلا قبل التفرق ، وقال سحنون : لا بد في البيع والشراء من المتداعييْن ، وقال الشيخ أبو بكر : هي أنْ تكون الدعوى عليه يشبه أنْ يدعى لمثلها على المدّعَى عليه ، وإلاّ فلا يحلف إلاّ أنْ يأتي المدعي بلطخ ، وقال القاضي ابو الحسن : أنْ يكون المدعى عليه يشبه : فهذه أربعة أقوال ، وقال (ش) و(ح): يحلف على كل تقدير .

---

(1) بالنسخة : المجورة .

لنا : ما رواه سحنون : أنّ رسول الله ﷺ قال[1] : (**البينة على المدَّعي ، واليمينُ عَلَى مَن أنكر إِذَا كَانْت بينهما خُلطة**) وزيادة العدل مقبولة ، وقال علي رضي الله عنه : لا يعدي الحاكم على الخصم إلاّ انْ يعلم أنّ بينهما معاملة . ولم يُروَ لَه مخالف فكان إجماعاً ، ولعمل المدينة ، ولأنه لولا ذلك لتجرأ السفهاء على ذوي الأقدار[2] بتبذيلهم عند الحكام بالتحليف . وذلك شاقٌّ على ذوي الهيآت[3] ، وربما التزموا ما لم يَلزَمهم من الجمل العظيمة من المال فراراً من الحلف ، كما فعل عثمان رضي الله عنه ، وقد تصادفه عقيب الحلف مصيبةٌ ، فيقال : بسبب الحلف ، فيتعين حسمُ الباب إلاّ عند قيام مرجِّح ، لأن صيانة الأعراض واجبة .

احتجوا : بالحديث السابق بدون زيادة ولم يفرق ، وبقول[4] النبي ﷺ : (**شَاهَدَاكَ أو يَمينُه**) ولم يذكر مخالطة ، ولأن الحقوق قد ثبتت بدون الخلطة ، فأشتراط الخلطة يؤدي لضياع الحقوق ، وتختل حكمةُ الحكام .

والجواب عن الأول : أنّ مقصود الحديث بيان مَن عليه البينة ومن عليه اليمين ، لاَ بيان حالِ مَن تتوجه عليه ، والقاعدة : أنّ اللفظ إذا ورد لمعنىً لا يُحتج به في غيره ، فإن المتكلم معرض عن ذلك الغير ، ولهذه القاعدة قلنا : في الرد على (ح) في استدلاله على وجوب الز كاة في الخضراوات بقوله[5] ﷺ : (**فيمَا سَقَت السَّماءُ العُشرُ**) أنّ مقصود هذا الحديث بيانُ الجزْء الواجب . لا ما تجب فيه الزكاة ، **وعن الثاني** : أنّ مقصودهُ بيان الحصر وبيان ما تختم به منهما لا بيانُ شرط ذلك ، أَلاَ ترى[6] أنه أعرض عن شرط البينة من العدالة

---

(1) تقدم تخريجه في هذا الباب وهو صحيح دون قوله : اذا كانت بينهما خُلطة . فإني لم أقف عليه في ألفاظه .

(2) بالنسخة : الإقرار .

(3) بالنسخة : الهبات .

(4) رواه البخاري في كتب : الرهن وايات وغيرهما . ومسلم في الأيمان ، وأحمد في (**المسند** 5/211) .

(5) البخاري في الزكاة عن ابن عمر ، ومسلم في الزكاة عن جابر ، وابن ماجه عن معاذ . وله تتمة .

(6) بالنسخة : ألاّ ترا الله .

وغيرها ، ويقول[1] : هو مطلق فيحمل على المقيَّد الذي رويناه . **وعن الثالث** : أنه معارض لأن ما ذكر ثَم يؤدي إلى أنْ يدعي أدنى السفهاء السفلة[2] على الخليفة أو القضاة أو أعيان العلماء أنه استأجرهم لكنس كنيفه ، أو غصبوه قَلنسوة ، ونحو ذلك مما يقطع بكذبه .

فرع

في **الجواهر** : إذا لم تكن خُلطة ، والمدعَى عليه متهم لم يستحلف ، وقال سحنون : يستحلف وإنْ لم تثبت .

فرع

قال : تثبت الخلطة بإقرار الخصم لها : وبالشاهدين ، وبالشاهد واليمين ، لأنها اسباب الأموال ، وقال ابن كنانة : تثبت بشهادة رجل واحد وامرأة واحدة ، وجَعَلَه من باب الخبر ، وقد تقدم ضابط الشهادة والخبر ، وروي ذلك عن ابن القاسم .

فرع

قال : إذا رفع الدعوى بعداوة : المشهور[3] انه لا يحلف ، لأن العداوة مقتضاها الإقرار بالتحليف والبذلة عند الحكَّام ، وقيل : يحلف لظاهر الخبر .

نظائر : قال الشيخ أبو عمران : خمس مسائل لا تعتبر فيها الخلطة : الصانع ، والمتهم بالسرقة ، والقائل عند موته : لي عند فلانٍ ديْن ، والمتضيف عند الرجل فيدعي عليه ، والعارية ، والوديعة .

فرع

في **الكتاب** : لا يحلف في دعوى الكفالة حتى تثبت الخلطة ، وإذا بعثَ من

---

(1) كذا ، ولعله : أو تقول .

(2) بالنسخة : السلفة .

(3) بالنسخة : المشهورة .

رجلين فقبضتُ من أحدهما حصتَه ، ثم لَقِيتَ الآخر فقال : دفعتُ لصاحبي ليدفع[1] لك ، فأنكر صاحبُه ، فأردتَّ تحليفَه فليس هذه خلطة توجب اليمين ، وإذا ادعيتَ ديناً أو غَصبا أو استهلاكاً فإن عُرفت بينكما مخالطة في معاملة ، أو علمت تهمتُه فيما ادعيتَ عليه من التعدي ، نَظَر فيه الإمام ، فإما أحلفه أو أخذ له كفيلاً حتى يأتي بالبينة ، وإن لم تُعلم خلطتُه ولا تهمتُه لم يتعرض له ، ولا يحلف أحَد حتى تثبت الخلطة . في **التنبيهات** : قوله[2] في الكفالة : حتى تثبت الخلطة ، قيل : بين المدعي والكفيل ، ولا تراعى خلطة الكفيل مع المكفول وقيل : تراعى بين الكفيل والمكفول لا غير ، وهو أظهر ، لأنه إنَّما يتكفل الرجل بمن يشفق عليه ، وقد يتكفل بخصمه وعدوه مراعاة ، وقوله : نَظَر فيه الإمام ، قيل : جعل الكفالة في الغصب والتعدي ، وليس موضعها ، وقيل : ظاهره : أخذ الكفيل بمجرد الدعوى ، قال : ويحتمل أنّ معنى الكفيل ها هنا : الموكل به ، وهو الأظهر ، وفي **النكت** : قال غير واحد من القرويين : إنما تراعى الخلطة فيما يتعلق بالذم دون المعينات ، ومسائل **المدونة** في المعينات تشهد لك[3] وقيل : المعينات أيضا إلاّ في مثل أنْ تَعرض سِلعتك في السوق فيدَّعي آخر أنك بعتَه إياها ، قال : وهو أبين عندي ، لأن الخلطة اشتُرطت لدفع المضرة ، قال بعض القَرويين : إذا باعه بنسيئة فهو خُلطة ، وأما بالنقد فحتَّى تبايعه مراراً ، قال ابن يونس : قال مالك : إذا قدح في البينة بعداوة أو غيرها لا يُحلف المدَّعى عليه ، وقيل : يحلف ، لأنها لَطخ ، قال أشهب : لا يحلف في تعارض البينات ، وإذا انقضت خلطتُكما لم يحلف إلاّ بخلطة مؤتَنفة ، والذي قال : إنه دفع لصاحبه ، إنما لم يجعل ذلك خلطة ، لأنك انما قلتَ : إنّ المشتري معك قال : إنه دفع لك ما عليه ، وهذا لم يثبت ، ولو ثبت لم يكن خلطة ، وفي **الموازية** : هذا خلطة ، والمعتبر في دَعوى الكفالة الخلطة بينك

---

(1) بالنسخة : لدفع .

(2) بالنسخة : قولو له .

(3) كذا ولعله : بذلك .

وبين الكفيل دون من عليه الدين ، لأنك انما وثقت بالمعاملة للكفيل ، فلك تحليفه ، قال اللخمي : لا يحلف المدعى عليه إلاّ بخلطة أو بينة أو دَليل ، وذلك يختلف باختلاف الدعوى . فأما الدْين : فاختُلف هل تتوجه اليمين بالخلطة ، أو دعوى الشبهة ؟ وأما بيع النفد ، والدعوى في المعيَّن ، والصناع ، والودائع ، والغصب ، والتعدي ، والجراح ، فالمراعَى : دعوى الشبهة ، وهي أنْ يشبه أنْ يدعي مثلُه على مثله ، قال : وأرى أنّ الدعوى إذا كانت من الرجل الصالح لا تكذب غالباً ، أنْ تكفي السُّنة في الديْن وغيره ، وإلاّ فلا ، فلا بد من الخلطة والشبهة من ثلاثة أوجه : المدعي والمدعى عليه والمدعَى فيه ، وقول ابن القاسم في دعوى الكفالة : لا بد من الخلطة : يريد مؤاخاة تقتضي الإحسان بذلك لا المدايَنة ، لأن الكفالة إحسان ، وفي دعوَى الهبة قولان : يحلف إذا كان بينهما مؤاخاة ، ولا يحلف ويراعى في الكفالة مَن شأْنه التوثق منه حين المدايَنة ، فإن كان مُوسراً ، ثم أعسر لم تقبل دعوَى الكفالة ، ويراعى في الصانع أنْ يكون ذلك لباسه أو لباس[1] وإلاّ فلا يحلف ، وفي الوديعة ثلاثة : أنْ يملك مثلَ ذلك في جنسه وقدره ، وأنْ يكون هناك ما يوجب الإيداع والمدعَى عليه ممن يصلح لذلك ، فالُمقيم لا يخرج مالَه من داره لودعه ، والطاريء يُودع مع الإقامة ، ودعوى الغصب والتعدي فيها إقرار بملك المدعي مثل ذلك ، والمدعَى عليه يشبه منه ذلك الفعل ، وفي دعوى الرسالة لا بد أنْ يُثبت أنّ الغائب ادَّعى الإرسالَ معه بشاهدٍ أو بكتاب يُثبت أنه من قِبَله ، أوسماع بين ، ويشبه أنّ الغائبَ يرسل مع هذا مثل هذا ، أو الرسالة ملك للمرسَل إليه أو وكيلاً مفوضاً إليه وإلاّ لم يحلفه ، لأنه لم يوكل على الخصومة ولا عَلَى اليمين ، وإنْ ادَّعى أنّ العبد أبَق منه ، وهو في يدك ، وانتما من بلد واحد ، فلا بد من لطخ أنه ملكه ، وإنْ كان أحدُهما طارئاً ، لم يحلف أحدُهما للآخر ، لأن الطارىء إنْ ادَّعى فهو لا يعلم أنّ المقيمَ عرف ذلك ، أو المقيم لم يعلم أنّ الطاريء يعرف ذلك ، فإن أقام شاهداً حلف معه ، وإنْ نكل لم

---

(1) بالنسخة : أولباسه أهله .

يرَد اليمين لعدم علم الآخر بكذب الشاهد ، وله إيقافه اليومَ ونحوَه حتى يبينه ، وإنْ أتى بلطخ سماعٍ أو شاهدٍ فالوقف أقوى في الشهر ونحوه ، فإن لم يثبت ، سلم لمن كان بيده بعد يمينه إذا اشبه أنْ يكون عنده من ذلك علم ، وإنْ[1] لم يكونا من بلد سلم إليه من غير يمين .

فرع

في **الجواهر** : يحلف مَن قام له شاهد ويستحق بشاهِدِه ويمينه في الأموال وحقوقها الخَسيسِ منها والنفيس ، المعيَّن وغيره ، من[2] إليه أو في الذمة ، قال ابن عبد الحكَم : الشاهد البيّن العدالة لا يَثبُت[3] به النكاحُ والطلاقُ والعتاقُ وغيرُ ذلك من غير الأموال ، فيكون وجود الشاهد أنْ يطالب بالإقرار أو يَحلّف المشهود عليه ، فإن امتنع منها : فروايةُ ابنِ القاسم – وبها أخذ ابن القاسم وأكثر الأصحاب – أنه يُحبس ليُقر أو يحلف ، وهي الرواية الأخيرة ، وروي : يقضى عليه بمقتضى الشهادة ، وعلى المشهور : قال ابن القاسم : يتحدد حبسُه بسنة ويخلَّي سبيلُه ، وقال عبد الملك : يتماديَ حبسُه حتى يحلف أو يقر ، فإن تضمن الحق المالي بدينار أو بالعكس كشراء زوجته أو الوكالة على قبض مالٍ ، فإنه يلحق بالمال ، قاله ابنُ القاسم ، لأن المقصود المال ، وغيره لغو ، ومَنَع أشهبُ لما فيه من الحكم البدني ، ولا خلاف أن الشاهد وحده لا يقضَى به ، واختلف العلماء هل القضاء مستندٌ إلى الشاهد ، واليمينُ تَقوية ، أو اليمين مع الشاهد ؟ لأن كل واحد منهما لو أنفرد لا يقضى به ، وفائدته إذا رجع الشاهد : غرم نصف الحق كأحد الشاهديْن . وفي **الكتاب** : كل جرح فيه قصاص يُقضَى[4] فيه بالشاهد ، وكل جرح لاقصاص فيه مما هو متلف كالجائفة والمأمومة ونحوها[5] يقبل فيه الشاهد واليمين ، لأن العمد والخطأ فيه مال .

---

(1) بالنسخة : ولأن . . . أسلم .

(2) كذا .

(3) بالنسخة : ولا يثبت .

(4) بالنسخة : يقتصى .

(5) بالنسخة : ونحوه .

نظائر: قال العبدي: التي تثبت بالشاهد واليمين أربعة: الأموال، والخلطة، والكفالة، والقصاص في جراح العمد، والتي لا تثبت بالشاهد واليمين ثلاثة عشر: النكاح، والطلاق، والعتق، والوَلاَء، والأحباس، والوصايا لغير المعيَّن، وهلال رمضان، وذي الحجة، والموت، والقذف، والإيصاء، ونقل الشهادة، وترشيد السفيه. والمختلف فيها هل تثبت بذلك أم لا؟ خمس: الوكالة[1] قد ماتت، والتجريح، والتعديل. ووافقنا (ش) وابن حنبل، ومَنَع (ح): الحكم بالشاهد واليمين، قال وينقض القضاء إنْ وَقَع وهو نزعه[2]، وأول من قضى به معاوية. وليس كما قال، بل أكثر العلماء قاله، والفقهاء السبعة وغيرهم، **لنا**: ما في **الموطأ**[3] انّ رسول الله ﷺ (**قَضَى باليمين مَعَ الشاهد**) وروي في المسانيد بألفاظ متقاربَة، وقال عمرو بن دينار رواية عن ابن عباس: ذلك في الأموال، وإجماع الصحابة على ذلك. رُوي ذلك عن ابي بكر وعمر وعلي وأبي بن كعب وعددٍ كثير من غير مخالف، رَوَى ذلك النسائي وغيره، ولأن اليمين شُرع في حق مَن ظهر صدقُه وقَويَ جانبُه، وقد ظهر ذلك في حقه ليشاهده، ولأنه أحد المتداعيين فشُرع اليمين في حقه إذا رجح جانبه كالمدعَى عليه، وقياساً للشاهد على اليد، ولأن اليمين أقوى من المواثيق لدخولها في اللعان دون المواثيق، وقد حُكم بالمواثيق مع الشاهد، فيحكم باليمين، ولقوله[4] ﷺ: (**البيّنة عَلَى مَن ادَّعَى**) وهي مشتقة من البيان، والشاهد واليمين يبين الحق، وقوله تعالى: ﴿**إنْ جَاءكُمْ فَاسِقٌ بِنَبأ فَتَبَيَّنُوا**﴾[5] وهذا ليس بفاسق،

---

(1) كذا، وفي الكلام سقط لأنه لم يذكر إلاّ ثلاثة.

(2) بالنسخة: وهو سرعه.

(3) في كتاب الأقضية، باب القضاء باليمين مع الشاهد. ولكنه مرسل، ووصله مسلم في **الصحيح** من حديث ابن عباس في كتاب الأقضية، باب القضاء باليمين والشاهد، وانظر – غير مأمور – كتاب (**التمهيد لما في الموطأ من المعاني والمسانيد**) لابن عبد البر: (134/2) للوقوف على روايات الحديث وفقهه، ونعي ابن عبد البر على فقهاء الأندلس تقليدهم يحيى ابن يحيى واعراضهم عن الحديث مع رواية مالك له في **الموطأ** في الموضوع.

(4) تقدم تخريجه في هذا الباب مراراً.

(5) (الحجرات: 6).

فوجب أنْ يقبل قولُه مع الشاهد ، لأنه قابل بالفرق ، **احتجوا** بقوله تعالى : **﴿واسْتَشْهِدُوا شَهِيدَيْنِ مِنْ رِجَالِكُمْ ، فَإن لَمْ يَكُونَا رَجُلَيْن فَرَجُلٌ وَامْرَأَتَان﴾** [1] فحصر المشروع عند عدم الشاهدين في الرجل والمرأتين ، فالشاهد واليمين زيادة في النص ، والزيادة نَسخٌ ، وهو لا يقبل في الكتاب بخبر الواحد ، وقوله [2] ﷺ لحضرمي ادّعى على كِندي : (**شَاهدَاكَ أو يَمينُه**) ولم يقل : شاهدك وَيمينك . وقال [3] ﷺ : (**البينة على من ادّعَى ، واليمين على مَن أنكر**) فَحَصَرَ البينة في المدعي واليمينَ في جهة المنكِر ، لأن المبتدأ محصورٌ في خبره ، واللام للعُموم ، فلم يبق يمين في جهة المدعي ، ولأنه لما تعذر نقلُ البينة للمنكِر تعذر نقل اليمين للمدعي ، وقياساً على أحكام الأبدان ، ولأن اليمين لو كان كالشاهد لجاز تقديمُه [4] كأحد الشاهدين مع الآخر .

والجواب عن الأول : أنا نسلم أنه زيادة ، لكن نمنع أنه نسخ ، لأن النسخ الرفع ، ولم يرتفع شيء ، وارتفاع الحصر يرجع إلى أنّ غير المذكور غير مشروع ، وكونه غير مشروع يرجع إلى البراءة الأصلية ، والبراءة الأصلية ترتفع بخَبَر الواحد اتفاقاً ، ولأن الآية واردة في التحمل دون الأداء ، لقوله تعالى : **﴿إذَا تَدَايَنتُمْ بِدَيْنٍ إلَى أَجَلٍ مُسَمًّى فَاكْتُبُوهُ﴾** [5] وقوله تعالى : **﴿أَن تَضِلَّ إحْدَاهُمَا فَتُذَكِّرَ احْدَاهُمَا الأخْرى﴾** [6] واليمين مع الشاهد لاَ تدخَل في التحمل ، فالحصر في التحمل باق ، ولا نسخ بكل تفسير ، ولأن اليمين تُشرع فيمن ادَّعَى ردَّ الوديعة ، وجميع الأمناء ، والقَسامة ، واختلاف المتبايعيْن ، وينتقض ما ذكر ثم بالنكول وهو زيادة في حكم . **وعن الثاني** : أنّ الحصر ليس مراداً بدليل الشاهِدِ

(1) (البقرة : 283) .
(2) تقدم تخريجه في هذا الباب .
(3) تقدم تخريجه في هذا الباب مراراً .
(4) بالنسخة : تقديمه علي كأحد . . .
(5) (البقرة : 282) .
(6) (البقرة : 282) .

والمرأتيْن ، ولأنه قضي بلفظ يختص باثنيْن لخصوص حالهما فيعم ذلك النوع وكلَّ مَن وجد بتلك الصفة لا تقبل منه إلاّ بشاهدين ، وعليكم أنْ تبينوا أنّ تلك الحالة مما قلنا نحن فيها بالشاهد واليمين . **وعن الثالث** : أنّ اليمين التي على المنكِر لا تتعداه ، لأنها اليمين التي عليه ، وهي اليمين الرافعة[1] ، واليمين التي مع الشاهد هي الجالبة فهي غيرها ، فلم يبطل الحصر ، وهو الجواب عن قولهم : إنما لم يتحول اليمين ، فإنا لم نحول[2] تلك اليمين ، بل أثبتنا يميناً أخرى بالسنّة ، مع أنّ التحول واقع غير منكَر ، لأنه لو ادَّعى عليه فأنكر لم يكن للمنكر إقامة البينة ، ولـو ادَّعى القضاء ، كان له إقامة البينة مع أنها بينة ، فأقيمت في الحالين . **وعن الرابـع** : الفرق بأن الشاهدين معناهما مستويان ، فلا مزية لأحدهما في التقديم ، واما اليمين فإنها تدخل القوة لجهة المدعي بالشاهد ، فلا[3] قُوةً فلا تشرع ، والشاهِدان شُرِعا لأنهما حجة مستقلة مع الضعف ، ووافقنا **(ح)** في أحكام الأبدان ، وخالفنا **(ش)** يحلف المدعي قبل قيام شاهد ، فإن نكَل حلف المدعي[4] . **لنا** : قوله[5] ﷺ : **(لاَ نِكَاحَ الاّ بوَلِي وشاهِدَي عَدْلٍ)** فأخبر ﷺ أنه لا يثبت إلاّ بهما ، فمن قال باليمين مع النكول فعليه الدليل ، وقال الله تعالى : ﴿**وَأَشْهِدُوا ذَوَيْ عَدْلٍ مِنْكُمْ**﴾[6] وإنما أمر بهذه الشهادة لأنها سبب الثبوت ، ولأن الشاهد والمرأتيْن أقوَى من اليمين والنكول ، لأنها حجة من غير

---

(1) بالنسخة : هي اليمين الرابعة . ولعلها : الرافعة – كما اثبتنا – أو الدافعة .

(2) بالنسخة : فإن لم يحول .

(3) كلمة مطموسة .

(4) كذا ولعله : المدعى عليه .

(5) رواه الشافعي مرسلاً ، ورواه احمد في **المسند** والطبراني في **الكبير** والبيهقي في **السنن الكبرى** عن عمران بن حُصين ، وفي سنده متروك . ورواه ابن حبان عن عائشة . قال ابن حجر في (**الدراية** 55/2) ولم يقل فيه : وشاهدي عدل الاحفص بن غياث عن ابن جريج عنه – اي عن عروة . اه وبالجملة فالحديث ضعيف لكن قال الشافعي بعد روايته له مرسلاً : وهذا وإنّ كان منقطعاً فإن أكثر أهل العلم يقولون به .

(6) (الطلاق : 2)

جهة المدعي ولم يثبت بها فلا يثبت بالآخر ، ولأن ما ذكروه يؤدي إلى استباحة الفروج بالباطل ، لأنها إذا أحبها ادَّعى عليها فتنكرُ[1] ، فيحلفها فتنكر ، فيحلف فيستبيحها بِتَواطىءٍ منها ، ولأن المرأة قد تكره زوجَها فتدعي عليه في كل يوم فتحلفه ، وكذلك الأمة تدعي العتقَ ، وهذا ضرر عظيم . **احتجوا** بقضية حويصة ومحيصة في قضية عبد الرحمن بن سهل ، وهي في الصحاح . وقال[2] فيها ﷺ : (**يحلِفُ لكم يَهوُد خَمسينَ يَميناً**) ولأن كل حق توجهت اليمين فيه على المدعَى عليه ، فإذا نكل ردت على المدعي ، أصله : المال ، وقياساً على اللعان ، فإن المرأة تحدد بيمين الزوج ، ونكولها عن اليمين ، ولقوله[3] ﷺ : (**البيّنةُ على مَن ادَّعى ، واليمينُ على مَن أنكر**) وهو عام يتناول صورة التنازع ، ولأنه ﷺ قال لرُكانة[4] لما طَلّق امرأته البتةَ : (**ما أردتَّ بالبَتَّة ؟ فقال : واحدة ، فقال له : الله : والله ما أردتَّ إلاّ وَاحِدة ؟ ! فقال : والله ما أردتُّ إلاَّ واحدَةَ**) فحلَّفه بعد دعوى امرأته الثلاث ، **والجواب** : أنّ الأيمان تمت بعد الموت ، وهو وجوده مطروحاً بينهم وهم أعدَاؤه ، وغلظهُ خمسين ، بخلاف صُورة النزاع في المعنيين ، ولأن القتلَ نادر وفي الخَلَوات حيث يتعذر الإشهاد فغَلُظ أمره لحرمة الدماء . **وعن الثاني** : أنّ المدعَى عليه ها هنا لا يحلف بمجرد الدعوى فانحسمتْ[5] المادة . **وعن الثالث** : أنّ اللعان مستثنى للضرورة ، فجعلت الأيمانُ مقام الشهَادة لتعذرها وضرورة

---

(1) بالنسخة : فتكن .

(2) متفق عليه رواه البخاري ومسلم في الديات عن سهل بن ابي حثمة ، وفيه : خرج عبدالله ابن سهل ومحيصة بن مسعود الخ القصة الطويلة . فسماه عبدالله لا عبد الرحمن

(3) تقدم تخريجه في هذا الباب مراراً .

(4) بالنسخة : ولأنه ﷺ لو كانه والصواب : ما أثبتنا ، وحديث ركانة رواه أبو داود وابن ماجه والترمذي كلهم في الطلاق وغيرهم كثير عن عبدالله بن على بن يزيد بن ركانه عن ابيه عن جده . وهو حديث ضعيف بجميع طرقه كما قال الامام أحمد واعله البخاري بالإضطراب ، وضعفه أبو عبيد وابن عبد البر في **التمهيد** وابن حزم وابن الجوزي وابن تيمية وابن القيم . انظر : **ارواء الغليل** لشيخنا الألباني (139/7) .

(5) بالنسخة : فالحسمة .

الأزواج لنفي العار وحفظ النسَب . **وعن الرابع** : أنه مخصوصٌ بما ذكرنا من الضرورة وخطر الباب . وعن **الخامس** : أنه وانْ صح فالفرق : أنّ أصل الطلاق ثبت بلفظ صالح بل ظاهر للثلاث ، ودعوى المرأة أصل الطلاق : وليس فيه ظهور ، بل مرجوح باستصحاب العصمةا.

فرع

وفي **الجواهر** : يحلف مع المرأتيْن في الأموال ، وقاله (ح) ، ومنع (ش) وابن حنبل ، ووافقنا في الشاهد .

لنا : أنّ الله تعالى أقام المرأتيْن مقام الرجل ، فيقضى بهما مع اليمين ، ولما علل[1] ﷺ نقصانَ عقلهِن قال : (**عَدَلَت شهادةُ المرأتيْن بشهادة رَجُلٍ**) ولم يخص موضعاً دون موضع ، ولأنه يحلف مع نكول المدعَى عليه ، فمع المرأتين أولى ، ولأن المرأتيْن أقوى من اليمين لأنه لا يتوجه عليه يمين معها ، ويتوجه مع الرجل . وإذا لم يعرج على اليمين إلاّ عند[2] عدمهما كانتا أقوى فيكونان كالرجل ، فيحلف معهما . **احتجوا** : بأن الله تعالى إنما شرع[3] شهادتَهن مع الرجل ، فإذا عدم الرجل لقت[4] ، ولأن البينة في المال إذا خلت عن رجل لم تقبل ، كما لو شهد أربع نسوة ، فلو أنّ امرأتيْن كالرجل لتَم الحكم بأربع ، ولَقبلنا[5] في غير المال كما يُقبل الرجلان ، ويقبل في غيرالمال رجل وامرأتان[6] ، ولأن شهادة المرأة ضعيفة تتقوى بالرجل ، واليمين ضعيف فينضم ضعيف إلى ضعيف . **والجواب عن الأول** : أنّ النص دل على أنهما يقومان مقام الرجل ، ولم يتعرض لكونهما لا

---

(1) رواه البخاري في اثناء حديث عن أبي سعيد في الشهادات ، واخرجه مسلم في الشهادات عن ابن عمر وابي هريرة . وغيرهما .

(2) بالنسخة : عن .

(3) بالنسخة : شرح .

(4) كذا .

(5) بالنسخة : ولقبلان .

(6) بالنسخة وامرأتين .

يقومان مقامهما مع اليمين ، فهو مسكوت[1] عنه دل عليه الإعتبار المتقدم ، كما دل اعتباره على اعتبار القمط والجذوع وغيرها .

وعن الثاني : أنّ عد بينا[2] أنّ المرأتين أقوى من اليمين ، وإنما لم تستقل النسوة في احكام الأبدان ، لأنها يدخلها الشاهد واليمين ، ولأن تخصيص الرجال بموضع لا يدل على قوتهم ، لأن النساء قد خصصن بعيوب الفرج وغيرها ، ولم يدل ذلك على رجحانِهِن على الرجال ، **وهو الجواب عن الثالث** .

تفريع . في **الجواهر** : لليمين أربعة أحوال : **الحالة الأولى** : أنْ تكون ممكنة – كما تقدم – فيحلف ويستحق ، كان واحداً أو جماعة ، مؤمناً أو كافراً ، حُرّاً أو عبداً ، ذكراً أو أنثى ، فإن نكَل ردت على المطلوب ، وإنْ حَلَف بريء ، فإن نكَل غَرم بالنكول مع الشاهد ، وهو أقوى من اليمين مع الشاهد ، لكونه من جهة المطلوب .

فرع مرتب

فلو حلف المطلوب ، ثمّ وَجَد الطالب شاهداً آخر : قال ابن القاسم : لا يحكم له به ، لأن نكوله قاطع لحقه ، وفي **الموازية** : يحكم له ، وإذا فرّعنا على الحكم فمعناه : يحلف معه ، لا أنه يضم إلى الأول ، وإذا نَكَل فهل يحلف المطلوب مرةً أخرى لأنه لم يستفد باليمين الأولى سوى اسقاطِ الشاهد الأول أو يسقط حقه بغير يمين المطلوب ، لأن يمينه قد تقدمت ؟ والأول في **الموازية**[3] ، والثاني لابن ميسر . **الحالة الثانية** : أنْ يتعذر كشاهد في حبُس على الفقراء فيتعذر تحليفُهم ، لأن كل معين منهم لا يستحق الملك فلا يحلف ، وانما[4] لم يحلف من يستحف الملك فهو كالثنيا في الطلاق تنتقل اليمين إلى المطلوب بجامع التعذر . **الحالة الثالثة** : أنْ يمكن في الإستقبال دون الحال ، كالصبي يمتنع يمينه حتى يبلغ

(1) بالنسخة : سكوت .
(2) كذا ، ولعله : أننا قد بينا .
(3) بالنسخة : الموارية . . . مير .
(4) كذا ولعله : وانما يحلف من يستحق .

ويحلف المطلوب الآن على المشهور لحصُول التعذر الآن ، لأنه لا بد للشاهد من أثر ناجز ، فإن حلف ففي إيقاف المشهود به إذا كان معيّناً كدار أو عبد ، أو هو ما يخشى تلفُه إنْ لم يوقف ، قولان مبنيان على الخلاف : هل الحكم مستند إلى الشاهد ، واليمينُ مقوية فيوقف المطلوب ، أو ليس مستنداً إليه فلا يوقف لعدم السبب ؟ وإذا نكَل المطلوب أخذ المشهود به منه ، وفي أخذه تمليكه أو إيقافه ، الأول في **الموازية** والثاني في **الواضحة** . ويتخرج على هذا الخلاف : استحلافُ الصبي عند البلوغ ، وإذا قلنا بأخذ الإيقاف والحَلف بعد البلوغ فنَكَل ، حلف المطلوب وبريء ، فإن نكَل أخذ الحق منه، وإذا استحلف المطلوب أولاً ، ثمّ استحلف الصبي فنكَل اكتفى بيمين المطلوب الأولَى على المشهور ، وأشار بعضهم إلى إمكان الخلاف ، وإذا حلف المطلوب أو نكل فلم يحكم عليه على الخلاف المتقدم : كتب الحاكم شهادة الشاهد وسببها واسجلها للصغير خوفاً من ضياع حقوقه بموت الشاهد لم تغير حاله عن العدالة قبل البلوغ .

فرع مرتب

إذا مات الصبي قبل بلوغه حَلف وارثُهُ الآن واستحق ، فلو كان الصغير لا مالَ له يُنفق عليه أبوه بالحكم عليه بذلك ، فطلب الأب أنْ يحلف مع الشاهد ، ففي **الموازية** : المنع ، لأنه يحلف ليملك غيره ، وروي التمكينُ من ذلك لَما لَه في ذلك من النفقة ، فتسقط النفقة عنه ، ومنشأُ الخلاف : كون القضية مستندة إلى مجرد شهادة الشاهد أم لا . **الحالة الرابعة** : إمكانها من البعض ، كشاهدٍ على وَقف على بنيه وعقِبِهم ، فيمكن من الولَد دون أعقابهم لعدمهم ، فالأصحابُ على امتناع اليمين مطلقاً ، تغليباً للتعذر ، وروي : يحلف الجُل ويثبت الوقف على حسب ما أطلقه المحبِّس لقيام الجُل مقام الكُل ، وروي : إنْ حلف واحد ثبت كله للموجود ، والمعدوم ، والغائب ، والحاضر، تغليباً لِلإمكان ، وروي تفريعاً على الثبوت فيمين الحاضر مع الشاهد ، إنْ نكَل الجميع لم يثبت لواحد منهم حق ، أو البعض ، فمَن حَلف أخذ نصيبه دون من نكل ، وكذلك إذا انقرض البطنُ الأول

وَوُجد البطن الثاني ، فإنهم لا يستحقون شيئاً إلاّ بالأيمان كالبطن الأول ، وقيل : مَن لم يحلف أبوه لا يستحق شيئاً وإن طلب الحلف ، وسبب الخلاف : هل يتلقى البطن الثاني منافعَ الوقف عن الواقف أو البطن الأول ؟ وعليه يتخرج : لو حلف واحد من البطن الأول ونكَل سَائرُهم ، وقلنا يستحق نصيبهم ذو[1] وبقي الناكل هل يدفع نصيبه إلى بعض أهل[1] أو إلى البطن الثاني وما دام أحد الناكلين حياً لا يستحق البطن الثاني شيئاً ، فإذا مات جميعُ مَن حلف ونكل ، انتقل حكم الشهادة إلى البطن الثاني ، فمَن حَلف استحق ، ومَن نكَل لم يستحقَّ شيئاً ، ويتخرج على ذلك أيضاً : هل يفتقر أهل البطن الأول فيما رَجَع إليه عمّن مات من طبقتهم إلى غير محددة ، كما في استحْلاف البطن الثاني بعد انقراض الأول ؟ قولان .

فرع

قال : الشاهد والنكول ، والمرأتان والنكول ، والمرأتان واليمين والنكول ، كالشاهد واليمين .

فرع

قال : كل دعوى لا تثبت إلا بشهادين ، لا يحلف فيها بمجرد الدعوى ولا يرد[2] على المدعي ، ولا يجب فيها ، كالقتل العمد ، والنكاح ، والطلاق ، والعتاق ، والنسب ، والولاء ، والرجعة ، ونحوه .

فرع

في **النوادر** : قال مالك : إذا أَقام شَاهداً أنه شَتَمه لا يحلف ، بل يحلف الشاتم كالطلاق ، وإنْ كان الشاتمُ معروفاً بالسَّفَه غَرَم .

---

(1) كلمة مطموسة في الصورة ، ولعلها : طبقته .

(2) كذا ولعله : ولا يرد اليمين على المدعي .

فرع

قال مالك : يجوز الشاهد واليمين[1] ، والمرأتان واليمين فيما يؤدي إلى الطلاق والعتق ، ونقض العتق ، والحد ، كدَيْن متقدم على عتق فينقض ، وكذلك بالنكول مع يمين الطالب ، وعن ابن القاسم : لا يرد بالنكول ولا باقراره أنّ دَيناً عليه قبل العتق ، قال مالك : وفي شراء الزوج لامرأته ، فيفرق بينهما في أن المقذوفَ عبد فيزول الحد ، أو في أداء الكتابة فيعتق المكاتب ، أو في بيع عبدٍ منك فيحلف ويبطل عتق البائع المتقدم ، وفيمَن حاز نفسَه بالحرية أنه مملوك لفلان ، فيبطل العتق ويبطل الحد عن قاذفه ، ويتشطر الحدُّ عليه ، قال أشهب : إذا وطئها ثمّ ادَّعى شراءها فأقرّ له سيدُها ، أو أنكر ونكَلَ عن اليمين مَلكها ولا يسقط الحدُّ ، أو شاهداً وامرأتين سقط ، قال : وهذا إذا لم يكن في حوزه ، وخالفه ابن القاسم ، قال سحنون : ويَثبت[2] بالشاهد واليمين : الغصبُ والإستهلاك ، وجراح الخطأ ، والإبراء من الأموال أو من الجناية أو من العيوب في المبيع ، والإقرار بأن ما شَهدت به بينتُه باطل ، قال ابن القاسم : وفي كل جنايةِ عَمْدٍ لا قَوَدَ فيه ، واختلف قوله في القصاص فيما دون النفس ، ورجع للمنع ، وفي **الموازية** : قال عبد المَلِك : يقبل في صغير جِراح العَمْد كالمُوضحة والإصبع ونحوِه من المأمون على النفس ، بخلاف ما يخاف فيه على النفس ، وفي أنها ألقَتْ بالجناية مضغة ، وتستحق العدة دون الكفارة ، قال مالك : وفي أنه الوارثُ فيأخذ الميراثَ بعد الإستباء[3] إذا ثبت النسبُ والموت بغير ذلك ، قال مالك : إذا أقام شاهداً أنه أوصَى إليه لا يحلف ، بل يُوَليه الإمام اذا رَآهُ أهلا ، قال ابن القاسم : ويثبت بالشاهد واليمين أنه خَالَع على مال ويأخذه ، قال عبد المَلك : لا يثبت بذلك أنه أُوصَى بثلُثه للمساكين ، قال ابن القاسم : إذا ادَّعت على زَوجها صَداقاً إلى موت

---

(1) بالنسخة : ويمين .

(2) بالنسخة : وتثبت .

(3) كذا ولعلها : الإستيناء .

أو فراق ، حَلَفَت مع شاهدها ، ولها صداق مثلِها إلاّ أنْ يكون ما وَصَل إليها من العاجل أكثرَ فلا ينقص هذا وقبلَ البناء لم تحلف لأنها تدعي فسخ النكاح ، ويُقضَى بذلك في قتل العبد فيستحق قيمتَه من الحر ، أو رقبة العبد القاتل ، ولا يُقتَص من العبدِ بذلك ، قال محمد : ولا من جِراح العبد بذلك ، وقال أصبغ : يأخذ الأَرش ، وإنْ أراد القصاصَ حلف العبد واقتص له ، قال مالك : إنْ حلف بالطلاق ليقضينَّه إلى أجَل ، فأقام شاهداً قبله أنه قضاه ، حَلَف وسقط الحق ، وزال الحِنث ، وكذلك اليمينُ والنكول من الطالب ، أو اقراره ، وأما إلى الأجل فلا يبرأ إلاّ بشاهدين قبل الأجل ، ولا يبرأ باقراره ولا غيره ، ولكن يسقط الحق ، قال عبد المَلك : يبرأ بالإقرار ، قال مُطرِّف : وكذلك لو شهِد له شاهد بعد الأجل بالقضاء قبلَ الأجل ، وشاهدان عَلَى شهادة امرأتين بمثل ذلك خرج من الحنث ، ولو شهدتاهما[1] لنفسهما مع هذا الرجل لم يسقط الحنث ، وإنْ شهد شاهد بوصية فيها عَول أو فيها عشرة دنانير لرجُل مات قبلَ موت المُوصي ولم يعلم به ، وفيها عشرة في السبيل ، قال عبد المَلك : يحلف مع الشاهد ولا يأخذ إلاّ ما أعطاه العَوْل ، وإنما يدخل عليه العولُ بعد يمين الورثة بسبب الشهادة للمجهولين أو الميت ، وهو يوجب العولَ ويُقاصُّ من يحلف[2] من أهل الوصايا بإدخال ذلك عَليهم ، فصار ذلك حقاً للورثة يجعلهم يحلفون مع هذا الشاهد ، وقال ابن القاسم : لا يحلفون ، بل إجازة الشهادة لأحد أخذه بقسطه وما يَنوبُه معَ غيره ، وإنْ لم يأخذه أهله وشاهده أوجب الحصاص ، ثمّ لمن لم يحلف ، وَلَو شهد آخر النّاكِلين لأخذ حقه من الثلث بغير حِصاص ، قال ابن القاسم : إنْ شهد لك بوصية أو صدقةٍ فوُقف ذلك ليأتي بشاهدٍ آخر فلم يجد ، يَقِسم ذلك القاضي ببن الورثةِ فحت[3] بشا أخرى ينقض الحكم وقضى لك ، وما فات بولادة أو عتق لم

---

(1) كذا .

(2) بالنسخة : نحلف .

(3) كذا دون نقط ، ولعلها : فجئت بشيء آخر نقض . . .

يُرَد ، ويأخذ ثمنَه إنْ بِيع ، فإن لم يفت بذلك عند المشتري أخذتَّه ودفعتَ ثمنَه للمشتري ، وتَرجع أنت بالثمن على الورثة البائِعين له ، وتدفع ما أنفق في الأرض مِن بناء أو غيره ، ويتبع الوارث .

فرع

قال : قال ابن القاسم : يحلف السفيه البالغ مع شاهده بخلاف الصبي ، لأن له وازعاً دينياً ، ولأنه جالِبٌ بيمينه لا دافع مالاً ، والسفه إنما يقدح في الدفع ، فإن نكَل حلف المطلوب وبرىء ، فإن نكَل غَرم ، ولا يعود اليمينُ للسفيه الناكل إذا رشد ، وكذلك المولَّى عليها إذا صَلُح حالُها ، وقال ابن كنانة : لها الرجوع إلى الحلف عند صلاح الحال ، وكذلك النصراني يُسلم لأنه قضاءٌ قُدر فلا رجوع له ، وقال مطرف في السفيه يقومُ له شاهد : إنْ حلف المطلوب وخر[1] السفيه ، فإذا رشد قضي[2] له ، وإنْ أبَى لم يكن له يمين على المطلوب ، ولو كان المطلوب قد نكَل أولاً أخذ منه الحق ، فإن رشد السفيه مَضى ، وإنْ نكَل رد إلى المطلوب ، وكذلك إنْ كان صبياً . في **التنبيهات** : اختلف في يمين القضاء على السفيه ، فمعظم الأندلسيين يُسقطونها ، لأنه لو نكَل عنها لم يستحق الطالب بنكوله حقاً ، وأوجبها جماعة ، قال[3] الأصيلي وغيرُه ، وقال أبو العباس ابن ذَكوان ، وابن عقاب : تؤخر اليمين إلى رشده ويحكم ، فإن حَلَف حينئذ والاّ صُرِف مَا حُكم له به عنه ، فإن رشد فقام بحقه وقد مات الوصي ، أو المحجور عليها بموت زوجها وأبويْها أو وصيها ، ثمّ ترشد فأفتَى الشيوخ في **أحكام ابنِ زِياد** : أنْ لا يمين عليها ، لأنها تحب[4] قبل ، وتأخذ الآن حقها بغير يمين إلاّ أنْ يدعي عليها علمها بقبض الوصي فتحلف ، وقال ابنُ عتاب وغيرُه : إذا رشدت صارت كغيرها ،

---

(1) بالنسخة : وحد . ولعلها : أخر .

(2) بالنسخة : وقضي .

(3) كذا ولعله : قاله .

(4) كذا :

قال : وهو الصحيح عندي ، قيل : وسواء ادُّعي عليها بذلك أم لا ، إلاّ أنْ يكون الزوج حاضراً ولا يدَّعي عليها شيئاً فلا يمين بوجه يقضي القاضي لها ، وقيل : لا يحكم في مثل هذا حتى يحلف المحكوم عليه يمينَ القضاء ، كان حاضراً مطلوبَهُ أو غائباً على ظاهر المدونة ، والصحيح : لا يلزم في الحاضر إلاّ بدَعواه على ما ادعى خصمُه إلاّ ما ليس عليه يدٌ لأحد ، لاحتمال أنْ يكون لغائب حجةٌ أقوى ، واختلف إذا ادَّعى السفيه دَعوى وجبت فيها اليمين فرُدَّت عليه ، فقيل : يحلف ، وقيل : لا يحلف ، لأنّ نكوله لا يوجب شيئاً ، والصَّواب : يحلف ويستحق ، فإن نكَل فهو على حقه متى شاء أنْ يحلف حلف واستحق ، كمَا لو كان له شاهد ولم يحلف معه فإنه على حقه .

فرع

قال في كتاب ابن سحنون : الأخرسُ الذي لا يُفهم عنه ، شَهد له شاهد فرد يمينه على المطلوب ، فإن حَلَف بريء ، أو نكل غرم ، وكذلك المعتُوهُ وذاهبُ العقل ، إنْ حلف المطلوب تُرك إلى أنْ يبرأ المعتوهُ فيحلف ويستحق .

فرع

إذا ثبت دَين على الميت ، ووجد شاهد بالبراءة ، والوارث صغير ، حلف الطالب : ما قَبض ، ويأخذ الآن ، فإذا كبر الوارث حلف واسترجع المالَ .

فرع

قال : قال مالك : إذا أمرتَ عبدَك أو وكيلَك . بقضاء دَينك فجحد القابض وأقام[1] شاهداً ، حلف العبد أو الوكيل وبرئت بغير يمين ، كان الوَكيلُ مسلماً أم لا ، لأنه للوكيل شهد ، فإن نكل الوكيل غرم بعد رد اليمين علي الطالب له لتفريطه لعدم تكميل النصاب عند الدفع ونكوله ، وإنْ نكَل العبدُ حلفتَ كما يحلف مع شاهد بحق للعبد بعد موته ، لأنه مالكه هو وماله ، وإنْ كان الوكيل

---

(1) كلمة طمست .

عديماً أو ميتاً حلفتَ مع الشاهد ، وإنْ نكل وكيلك[1] عبد لغيرك ضَمن إذ لم يُشهد شاهدين إنْ كان مأذوناً له ، وإنْ كان وكيلك مُعدِماً ونكَل حَلفتَ : لقد وصَل الحق .

فرع

قال : قال مطرّف : إذا شهد للمأذون شاهد بحق له ، ونَكَل لا يحلف سيدُه ، ونكول العبد كإقراره جائز ؛ فإن مات حلف السيد لأنه وارثه .

فرع

قال قال مالك : إذا استحق مِن يدك ما اشتراه شريكُك الغائب المتفاوض ، وشهد شاهدٌ أنّ شريكك اشْتَراهُ ، حلفتَ أنت معه ، وإنْ لم تثبت الوكالة حلف الوكيل .

فرع

قال : قال مالك : الرسول لقبض الثمن ينكر القبض من المبتاع ، يحلف الرسول مع الشاهد ، فإن تعذر لِصِغَر ونحوه : حلفتَ أنك ما تعلم رسوله[2] لرسولك وتستحق .

فرع

قال في الموازية لمالك : إنْ بعت لإبنك الصغير أو سلمت ، حلفتَ مع الشاهد ، فإن ردت اليمين على المشهود عليه حَلَف وبريء ، وغرمتَه ، وكذلك يغرم الوصي إذا ادَّعى غريمُ الميت الدفعَ للوصي ، فرد الوصي اليمينَ على الغريم لجنايته برده اليمين .

---

(1) كذا ، ولعله : أو عبد .

(2) كذا .

فرع

قال : قال مالك : إذا امتنع الوارث من[1] اليمين مع الشاهد ، حَلَف غريم الميت وأخذ حقه ، فإن فضل شيء لم يحلف الوارث لأنه نكل أولاً ، إلاّ أنْ يقول : لم أعلم أنّ فيه فضلاً ، ويعرف ذلك ، قال سحنون : وإنما بريء بتحليف الوارث ، لأنه لو نَكَل الغريم عن اليمين أنه لم يقبض حقَّه لكان للوارث اليمينُ مه الشاهد ، وذلك إذا لم يقُم الغرماء ، أما لو قاموا ، أو ثبتت حقوقُهم وطلبوا الحلف[2] لأنهم أولى بالتركة ، قال محمد : المعروف لمالك تبدئية[3] الوارث إنْ كان فضل ، وإلاّ فلا يحلف إلاّ الغريم ، فإن نكل حَلَف الغريم وبريء ، وعن مالك : إنْ قام الغريم حَلَف الوارث ، فإن نكَل حَلَف للغريم ، وإنْ فضل شيء لم يأخذه الوارث إلاّ باليمين ، قال أصبغ : فإن حَلَف الغريم ، ثمّ طرأ مال للميت أخذ منه ، ولا يأخذ الوارث بيمينه ، ولا يكفي اليمين التي مع الشاهد ، قال محمد : بل ليس للغريم ولا الوارث أخذ بالدّيْن إلاّ بيمين الوارث ، ولا يكفي اليمين الغرماء الذين حلفوا أولاً لأنه لما طرأ مال يفي بدَينهم صار الوارث أقصد[4] ولو لم يطرأ مال ، لكن لَمّا حلف الغريم ترك دَينه للميت فلا يأخذه الوارث إلاّ باليمين ، لأن الديْن لما ترك صار الميت كمن لا دَين عليه ، إلاّ أنْ يبين أنه ترك للوارث أو للغريم ، فإذا نَكَل الغريم حَلَف المطلوب وبريء ، ولا حق للوارث إلاّ أنْ يفضل عن الديْن فضلٌ فيحلف ، قال عبد الملك : ليس لِلمديون الحي أنْ يحلف غريمَه ما دام لم يحجر عليه فيحلف كل طالب على أنّ الذي شَهِد به الشاهد حق ، لا على نصيبه ، لِتُطابِق اليمين الشهادة ، ومن نكَل لم يخاصص ، وإنْ رجع بعد النكول[5] لا يقال ، قاله مطرف ، وقال عبد الملك : يقال ، وليس كنكوله عن حَقّ نفسِه ، لأنه يظن

(1) بالنسخة : مع .
(2) كلمة أكلتها الأرضة .
(3) كذا ولعلها : تبرئة .
(4) كذا أو أقصر ، ولا يظهر صوابها .
(5) بالنسخة : الكول .

الغريم يحلف ، ولا يحلف الغريم على براءة ذمة المطلوب الميت أو المفلس من دَين كان عليه ، لأنه رجمٌ بالغيب ، وقال محمد : لَه ذلك لأجل إخبار الشاهد .

فرع

قال : قال مالك : يحْلف الموصَى له بالثلث مع شاهد لِحق للميت ، فإن نكل حلف الغريم وبريء .

فرع

قال : قال ابن عبد الحَكَم : شهد للميت شاهد بديْن موَجل ، يحلف غريمه معه ، وأخذ منه ، فإن طرأ مال قبل الأجَل أخذ منه حقّه ، ولا يأخذه الوارث حتى يحلف ، فإن نكل لم يأخذ من المشهود عليه شيئاً . وحلف وبريء ، فلَو حَل وأخذه الحالف ، ثمّ طرأ مال أخذه الوارث ولا يأخذ الأول، ولو كان مال حاضر فقال الوارث : آخذه ، ورضي الغريم بأن يحلف ويأخذه لم يُجز ، ولا يحلف إلاّ الوارث ، وإنما يحْلف الغريم إذا لم يكن للميت مال ، فلو لم يكن غير الديْن وحلف بعضُ الغرماء وأَبَى البعضُ ، أخذ الحالف جميعَ حقه من هذا الديْن ، لا مقدار حصته ، والوارث ليس له في مثله إلاّ حصته لتعلق حق الوارث بعين المال ، والغريم لا يختص .

فرع

قال : قال محمد : إذا نكَل عن اليمين مع الشاهد وحَلَف المطلوب وبريء ، فوجد شاهداً آخر أيتف[1] له الحكم به لأن اليمينَ أسقطت المطلوب بالشاهد الأول، وقال ابن ميسر : لا ترد اليمين على المطلوب ثانية ، لأنه قد بريء بحلفه الأول ، قال ابن القاسم : لا يضر[2] إلى الأول . وقد بَطَل حقه بنكوله ، بخلاف الذي يحلف لعدم البينة ثمّ يجدها ، قال مالك : فإن كان القاضي لا يَقضي

(1) كذا ، ولعله : يأتنف .

(2) كذا ، ولعله : يضم .

بالشاهد واليمين ضم أيضاً إلى الأول ، وقضى له ، كما إذا حلف ثمّ وجد البينة ، قال ابن كنانة : هذا وهَمٌ ، وإنما قاله مالك في الحقوق التي لا يحلف فيها كالطلاق .

فرع

قال : قال مطرف : إذا أحلفتَ غَريمَك وبريء ، ثمّ وجدتَّ شاهداً ، لا يُحلَّف ولا يقضى لك إلاّ بشاهدين ، لأنه[1] لكنه لا يسقط يمين مبرته بشاهدٍ ويمين ، وقاله ابن عبد الحكَم وأصبغ .

النظر الثاني ، في المحلوف عليه

وفي **الجواهر** : يحلف على البت فيما ينسب لنفسه من نفي أو إثبات ، وما ينسب لغيره من الإثبات ، وعلى نفي العلم في النفي ، نحو : لا أعلم على موروثي دَيناً ، ولا أعلمه أتلف ولا باع ، ويَحلِف مَن ادُّعي عليه دفعُ الردىء في النقد : ما أعطَى إلاّ جِياداً في علمه ، ولو قال : ما أعرف الجيّد من الرديء : قيل : يحلف : ما أعطيتُه رديئاً في علمي ، ويحلف في النقص على البت ، لا على العلم ، لا كل[2] كل موضع يتمكن من معرفته حَلَف على البت ، وما لا يكتفى بنفي[3] العلم .

فرع

قال : تحل اليمين بغلَبة الظن بما يحصل له من حظ أبيه ، وحظ نفسه ، أو مَن يثق به ، أو قرينة حال ، من نكول خصم وغير ذلك ، وقاله **(ش)** ، بخلاف الشهادة ، والفرق : أنّ اليمين إما دافعة فهي المقصودة بالأصل في براءة الذمة ، أو جالبة[4] وهي مقصودة بشاهد أو غيره ، والشهادة لا يقصدها إلاّ مستندها ،

(1) كذا .

(2) كذا ، ولعله : لأن كل .

(3) بالنسخة : بقي .

(4) بالنسخة : أو حالية .

وقيل : لا بد من العلم قياساً على الشهادة ، وكلاهما خبر والقولان لمالك .

فرع

قال : المعتبر في اليمين نيةُ القاضي فلا يصح توريث الحالف ، ولا ينفعه قولُه : إنْ شاء الله ، بحيث لا يسمعه القاضي .

قاعدة : يجوز أنْ ينوي باللفظ ما يحتمله لغةً من تقييد ، وتخصيص ، ومجاز ، ونحوه ، إجماعاً ، إلاّ في أيمان[1] فلا يقبل ظاهراً ولا باطناً لما يؤدي إليه من إبطال فائدة الأيمان ، لأنها إنما شرعت ليهاب الخصوم الإقدام عليها ، فلولا ذلك لم يهابوها وفسدت الأموال والأَبضاعُ و والدماء ، واستثنى بعض العلماء المدَعى عليه وهو معسِر تجوزُ له نية تخصه ، لأن القول عدلاً[2] تغيير الظلم ، وطلب المعسر ظلم ، والإستثناء من القاعدة[3] من منع من النية ، لقوله[4] ﷺ : **(اليمينُ عَلَى نية المستحلِف)** **(ويَمينُك عَلَى مَا يصَدّقُك عليه صاحبُك)** والمستحلف يصدقك على الحاكم وصاحب الحق .

النظر الثالث : في الحلف

وفي **الجواهر** : بالله الذي لا إله الاّ هو ، لا يزاد على ذلك في شيء من الحقوق ، وقاله في **الكتاب** ، ولا تغليظ بالألفاظ ، ورَوَى ابن كنانة : الحلف في رُبع دينار ، وفي القَسامة ، واللعان عند المنبَر : بالله الذي لا إله إلاّ هو عالم الغيب والشهادة الرحمن الرحيم ، قال ابن القاسم : ولا يزاد على الكتابي : والذي أُنزل التوراة والإنجيل ، ولا يحلفون إلاّ بالله ، وعن مالك : يحلف بالله الذي أُنزل

(1) كذا .
(2) كذا .
(3) كذا .
(4) رواه مسلم في الأيمان ، باب يمين الحالف على نية المستحلف ، وأبو داود في الأيمان ، والترمذي في الأحكام ، عن أبي هريرة ، والحديث الذي بعده رواية منه (من الحديث قبله) وهو في السنن .

التّوراة على مُوسى ، والنصراني : بالله الذي أنزل الأنجيل ، وفي **الكتاب** : يحلف في كل شيء له بال ، في جامع بَلَده ، وفي أعظم مواضعه ، وليس عليه استقبال القبلة ، ولا يعرف مالكٌ اليمينَ عند المنبر إلاّ منبر النبي ﷺ في رُبع دينارٍ فأكثر ، قال ابن يونس : قال أشهب ، وإنْ قال : والذي[1] لا إله إلاّ هو لم يقبل منه ، ووالله فقط ، لا يجزيء حتى يقول : الذي لا إله إلاّ هو ، لأنه تحليف رسول الله ﷺ ، قال مالك : ولا يحلف قائماً إلاّ مَن به غَلَبة ، وفي القَسامة ، واللعان ، وفي رُبع دينار فأكثر عند المنبَر : بالله الذي لا إله إلاّ هو عالمُ الغيب والشهادة الرحمن الرحيم ، وفي مسَاجد المدائِن يحلف جالساً ، ويتحرى في المال العظيم ، والدماء ، واللعان : الحلف في الساعات التي يحضرها الناس في المساجد ، ويجتمعون للصلاة ، وفي غير ذلك في كل حين ، وقال عبد الملك ومطرف : الأَيمان في الحقوق ، والدماء ، وغيرها : بالله الذي لا إله إلاّ هو ، للمسلم والكافر الكتابي وغيره ، قالا : ويحلف الرجالُ والنساء قائيمِين مستقبلِي القبلة ، في ربع دينار فأكثر عند منبر النبي ﷺ ، وفي غير المدينة : حيث يعظمون عند منبرهم ، وتلقاء قبلتهم ، وإنْ[2] لم يبلغ الحق رُبعَ دينار ، حَلَفوا جُلوساً إنْ أحبوا ، وفي أقلَّ من ذلك : يحلف الرجل في الموضع الذي قُضي عليه ، والمرأةُ في بيتها ، ومَن لزمه الحلفُ عند المنبر ونحوِه من المواضع فقال : أحلف في مكاني ، فهُو كنكوله ، وينتقل اليمين لِخصمه ، قال ابن حبيب : وإنْ كان مدعياً بطَل حقُّه ، وقاله مالك ، قال مالك : وعمل[3] أهل المدينة وبيت المقدس ومكة يجلبون إلى مسجديهما في القَسامة ولو بعدوا ، وفي سائر الأمصار من نحو عشرة أيام ، قال ابنُ عبْد الحَكَم : يستحب للإمام التخويف من اليمين ، وقد كَتَب ابنُ عباس إلى ابن أبي مُلَيْكَة : ﴿**إِنَّ الذِينَ يَشْتَرُونَ بِعَهْدِ اللهِ وَأَيْمَانِهِمْ ثَمَناً قَلِيلاً**﴾[4] الآية

(1) كذا . ويلاحظ أنه لا يزيد على ما بعده .

(2) بالنسخة : ولأن .

(3) بالنسخة : وأهل عمل المدينة .

(4) (آل عمران : 77) .

فاعترف ، وتخرج المرأة فيما له بال إلى المسجد في ربع دينار فأكثر ، قال مالك : وإنْ كانت لا تخرج نَهاراً خرجت ليلاً قال محمد : لا تخرج ليلاً في ذلك ، بل في الشيء الكثير ، قال اللخمي : اختلف إذا قال : والله ، ولَم يزِد ، أو : والذي لا إله إلاّ هو ، ويقتضي قولُ مالك الإجزاء ، لأنه يُلزم بها الكفارة ، قال مالك في **الموازية** : يحلف بالله الذي أحيى الموتَى ، قال مالك : ويحلف بمكة عند الركن .

فرع

في **الكتاب** : تحلف المرأة في بيتها في اليسير إنْ كانت ممن لا تخرج ، فبعثَ القاضي اليها من يحلفها ، ويكفي رجل واحد ، وأم الوَلَد كالحرة ممن لا تخرج أو تخرج ، كما أنّ العبد ومن فيه بقية رِق ، كالحُر في اليمين ، والمكاتبة والمدبَّرة كالحرائر في اليمين ، لأن الأصل : المساواة ، ويحلف النصراني واليهودي في كنائسهم ، وحيث يعظمون ، والمجوسي في بيت نارِه ، وحيث يعظم ، في **التنبيهات** : قوله : لا يحلفون بالله ، ولا يزاد : والذي أنزل التوراة والإنجيل : حمله بعضهم على ظاهره ، ولا يلزمهم تمامُ الشهادة إذ لا يعتقدونها ، فلا يكلَّفون ما لا يَدينون به ، قاله ابن شَبلون ، وألزَم غيرُه اليهودَ ذلك دون غيرهم ، لأنهم لا يوحّدون ، وقيل : مراده : حلف المسلمين[1] ، قاله أبو محمد ، وقيل : يلزم جميع ذلك وإنْ لم يعتقدوه ، ويُجبرون عليه ، ولا يكون ذلك إسلاماً منهم ، بل هو حكم يلزَمهم من أحكام الإسلام بعقد الذمة ، كقضاء القاضي عليهم بأحكام الإسلام ، وعليه[2] متقدّموا الأصحاب ، والمرأة التي لا تخرج كنساء الملوك يبعَث لها الإمام من يُحلّفها في بيتها ولا تمتَهن ، وهذا فيمَا يدعَى عليهن ، وأما ما يدعين فيخرُجن لموضع اليمين ، وحلَّفَهم سحنون في أقرب المساجد اليهن ، وقيل : لا بد من خروجهن ، فإن امتنعت حُكم عليها حكم الملك ، قال : وليس بجيّد ، لأنهن

(1) كذا ولعله : المسلمين .

(2) بالنسخة : وعليهم .

مكرهات فلا لذة[1] مع الإكراه ، وقيل : ما له بال في حق النساء ، هو المال الكثير ، بخلاف الرجال ، وقاله محمد ، وقال محمد : بل رُبُع دينار ، قال ابن يونس : قال الشيخ أبو الحسن : للطالب تحليف اليهود يومَ السبت ، والنصراني يوم الأحد ، ويُجْبَرانِ على ذلك ، قال : أما النصراني فكما ذكر ، لأن من دينهم الإمتَناعَ من اليمين في يوم الأحد وغيره ، وأما اليهودي : فشرعُه يوم السبت : أنْ لا يبيع ، ولا يشتري ، ولا يطالب ، ولا يستحلف ، وبَذَل الجزيةَ على هذا ، فكيف يخالَف العقد ؟ بل يؤخر إلى زوال السبت ، وأما تحليفهم بموضع يَعظمونه ، فمن شريعتهم . وإذا رَد ثوباً بالعيب : قال محمد : إنْ كان النقصُ أكثر من رُبع دينار حلف بالجامع ، وقيل : بل المراعَى إنْ كان الثوب قائمًا قيمته ، لأنه يطلب الثمن ، فلا ينظر الى قيمة العيب ، إلاّ أنْ يفوت ، وإذا كان لك ربع دينار لا أقل ولا أكثر ، قال اللخمي : في **الكتاب** : مستقبلَ[2] القبلة ، وقال مالك : يحلف جالساً ، وعنه : قائماً ، وقاله عبد الملك : إلاّ في أقلّ من ربع دينار ، وتحلف المرأة في بيتها جالسةً ، وعن مالك : ليس على مَن حلفه في غير المسجد أنْ يقومَ ، قال : وأرى الإستقبال ، كإن قلَّ الحق دون القيام ، وقد يحسُن القيام في القتل ، ولم[3] يُقم النبي ﷺ في اللّعان إلاّ في الخامسة أقام المرأة ، وقيل : اقام الرجل في الخامسة ، وليس في الصحيح ، ومَن حَلف في جميع ذلك اجزأه، قال محمد : إذا أرادت المجوسية تحلف بالنار مُنِعت ، ولا تحلف إلاّ بالله ، قال صاحب **المنتقى** : إنما يُحلَّف فيما عَدا مسجدَ النبي ﷺ من المساجد عند المحراب ، وإنْ لم يكن

---

(1) كذا .

(2) كذا ، ولعله : يحلف مستقبل . . .

(3) في رواية من روايات حديث ابن عباس في قصة هلال بن أمية وامرأته ولعانهما وقول النبي ﷺ لهما : إنّ الله يعلم أنّ أحدكما كاذب ، فهل منكما من تائب ؟ ثمّ قامت فشهدت فلما كانت عند الخامسة . . . رواه البخاري في التفسير والشهادات والطلاق ، وأبو داود في الطلاق والترمذي في التفسير وابن ماجه في الطلاق ، وفي رواية أخرى من روايات هذا الحديث قوله ﷺ : قفوه عند الخامسة فإنها موجبة فحلف ثمّ ذكر لعانها ووقفها عند الخامسة . رواها البيهقي في السنن الكبرى (394/7) والصغرى (145/3) .

بقرب المنبر ، وأعظم شيء في المساجد : المحاريب ، وهو معنى قول مالك ، وإذا كان المحلوفُ عليه غير مال كالطلاق ونحوه : حلف على المنبرا، وقاله **(ش)** ، وعند **(ش)**[1] : لا يغلظ في المال إلاّ في مائتي درهم أو عشرين ديناراً وعرض[2] يساوي أحدهما ، لأنه يصل بين الغني والفقير ، **وجوابه** : أنّ هذا لا يدل على أنّ ربع[3] الدينار ليس عظيماً ، بل كونه سببَ القطع يدل على عِظمه . والتغليظ – عندنا – يقع بخمسة أشياء : بالزمان ، وفيه قولان ، وبالمكان ، واللفظ بزيادة : الذي لا إله إلاّ هو ، واحد ، يقتصر على إسم الله ، والعدد في القَسامة ، والهيئة في القيام . واستقبال القبلة ، ووافَقَنا **(ش)** في الأربعة الأول ، وقال **(ح)** : لا يغلظ بالزمان والمكان في شيء من الأيْمان . **لنا** : قولُه تعالى : **﴿تَحْبِسُونَهُمَا مِنْ بَعْدِ الصَّلاَةِ﴾**[4] جاء في التفسير : بعد صلاة العصر ، وقوله[5] ﷺ : **(ثلاَثةٌ لاَ ينظرُ الله إليهمْ يومَ القِيامَةِ وَلاَ يزكّيهِم ، ولَهُم عَذابٌ أليمٌ : رَجُلٌ منَع ابنَ السّبيلِ فضلَ مائه بفلاة ، ورجل بايَع الإمامَ إنْ أَعْطَاهَ وفّى لَهُ ، وإنْ لَم يُعْطِهِ خانَهُ ، وَرَجُل حَلَفَ عَلى يَمِينٍ فَاجِرَةٍ بَعد العَصْرِ لِيَقْتَطِعَ بهَا مَالَ مُسْلِم)** وهو لا يفعل ذلك إلاّ بإلجاج من الحاكم ، فدل ذلك على أنه لازم ، ولاَعَنَ[6] النبي ﷺ بين رجل وامرأة بعد العصر . وفي ا **الموطأ**[7] قال النبي ﷺ :

---

(1) بالنسخة : س . دون نقط .

(2) بالنسخة : وعرضاً .

(3) بالنسخة : الربع .

(4) المائدة : 106 .

(5) رواه البخاري في المسافاة والشهادات والأحكام والتوحيد . ومسلم في الأيمان ، عن ابي هريـرة .

(6) رواه ابن وهب في موطئه عن يونس عن ابن شهاب أو غيره أنّ رسول الله ﷺ أمر الزوج والمرأة فحلفا بعد العصر على المنبر . أورده الحافظ ابن حجر في تلخيص الحبير (230/3) ، وروي في تفسير قوله تعالى : (تحبسونهما من بعد الصلاة) أنها صلاة العصر . رواه عبد الرزاق في المصنف عن عبيدة به ، ورواه معمر وعبد بن حميد عن قتادة .

(7) في كتاب الأقضية . باب ما جاء في الحنث على منبر النبي ﷺ ، عن جابر بن عبد الله ، ورواه أبو داود في الأيمان والنذور وابن ماجه في الأحكام .

(**مَن حَلَف على مِنبري آثِماً تَبوأ مقعدَه مِن النار**) وفي رواية **الموطأ**[1] أيضاً : (**مَن اقْتَطَع حَق امرىء مُسلِمٍ بيَمِنِه ، حَرَّمَ الله عليه الجنَّةَ وأوجَبَ له النَّارَ قالوا : وإنْ كَانَ شيئاً يَسِيراً يَا رسُولَ الله ، قال : وإنْ كَانَ قَضيباً مِن أَراكٍ ، وإنْ كان قضيباً مِن أراك – قالها ثلاثاً–**) ولأن فيه زجراً عن الباطل ، فشرع لتغليظ اللفظ . **احتجوا** بقوله ﷺ[2] : (**البينةُ عَلَى مَن أنكر**) فأطلق ولم يقل ؛ مكان ولا غيره ، وفي حديث[3] سَهل : (**أتحلِفُون وتستَحقِون دمَ صاحبكم**) ولم يخص ، ولأنه حجة فلا يغلظ كالبينة ، وقياسًا على ما دون النصاب .

والجواب عن الأول : أنّ ما ذكرناه مقيدٌ ، وما ذكرتموه مطلق ، ولأن ما ذكرتموه إنما سِيقَ لبيان مَن يتوجه عليه اليمين ، لا لبيان صفة اليمين ، فلا يحتج به فيه على القاعدة المتقدمة .

وهو الجواب عن الثاني ، وعن الثالث : الفرق ، فإن البينة تخبر عن أمر غيرها ، فلا تهمة ولا تغليظ ، والحالف مخبر عن أمر نفسه فاتُّهم ، فشُرع له الزاجر[4] ، **وعن الرابع** : أنّ الإحتياطَ للمال العظيم دون غيره مناسبٌ في الفرق ، وقال (**ش**) : التغليظ بزيادة لفظ الصفات مستحب في جميع الأحوال ، والقليل والكثير ، فيزيد في : عالم الغيب والشهادة : الرحمن الرحيم ، الذي يعلم من السر ما يعلم من العلانية . وذلك عنده مفوض لإجتهاد الحاكم ، وقال (**ح**) : إنْ استراب منه غلَّظ ، وإلاّ اقتصر على قوله : والله ، والإقتصار عند (**ش**) على ذلك مخبر[5] أيضاً ، لأن النبي[6] ﷺ اقتصر

---

(1) في نفس الكتاب والباب عن أبي أمامة ، رواه مسلم في الأيمان ، باب وعيد من اقتطع حق مسلم بيمين فاجرة بالنار .

(2) تقدم تخريجه مراراً في هذا الباب .

(3) وهو في حديث القسامة وقد تقدم تخريجه في هذا الباب .

(4) بالنسخة : الناجر .

(5) كذا .

(6) تقدم تخريجه في هذا الباب .

عليه في تحليف رُكَانةً ، وجوز (ش) الإقتصار على صفة واحدة من صفات الذات ، نحو : وعزةِ الله ، واستحسن (ش) التحليف على المصحِف وبالمصحف ، **واحتج (ش) بأن النبي**[1] ﷺ **حلَّف اليهود فقال : أنشدكم بالله الذي أنزل على بني إسرائيل الكتاب ، وظلل عليهم الغمام ، وأنزل عليهم المَن والسلْوَى وَنَجَّى بني إسرائيل من آل فرعون** . وجوابه : أنه ﷺ[2] حلَّف رجلاً فقال : والله الذي لا إله إلاّ هو . ولم يزدْ ، وافقنا (ش) وابن حنبل في أنه لا بد من التحليف بالله في حق المجوسي وغيره ، وإنْ كان لا يعتقده ، لأنه لا يجوز تعْظيم غير الله ، والحلفُ بالشيء تعظيم له ، ولقوله[3] ﷺ : (**مَن كَانَ حَالِفاً فَلْيَحلِف بالله أو لِيَصْمُتْ**) ولأنه إذا لم يعتقد عظم إثمه قديماً . تعجلت عقوبته فاتَّعظ هو وغيرُه ، وخَالَف ابن حنبل فقال : لا تغليظ بزمان ولا مكان ولا لفظ .

فرع

في **الجواهر** : يشترط في اليمين مطابقة الإنكار ، قاله في **الكتاب** ، وقال ابن عبد الحكَم : إذا شهد شاهد بإقراره ، لم يكن للطالب الحلِف على غصب ولا غيره ، بل لقد أقر له بكذا ، وإنْ كان المدعَى عليه غائباً زاد في يمينه : أنّ حقه[4] عليه لَباق وما عنده به وثيقة رَهن ، ويقضى له ، وإنْ ميتاً زاد بعد الرهن : ولا أَبرأَ منه ولا من شيء منه ، ولا احتال على أحدٍ به ، ولا شيء منه ، ولأنه عليه لثابت[5]

(1) رواه أبو داود في الأقضية ، باب كيف يحلف الذمي رقم : 3626 عن عكرمة مرسلا ، وهو ضعيف .

(2) رواه أبو داود في الأقضية . باب كيف اليمين ، وفي سنده عطاء بن السائب ، وهو صدوق اختلط .

(3) رواه مالك في **الموطأ** كتاب النذور والأيمان ، باب جامع الأيمان . عن ابن عمر . ورواه البخاري ومسلم في الأيمان .

(4) بالنسخة : أنّ حقت .

(5) بالنسخة : لثابة .

إلى ساعته هذه . ثمّ يقضى له ، وإنْ مات صاحب الحق حلف الوارث البالغ مثل ذلك ، إلاّ أنه يحلف على العلم ، ولا يحلف مَن لم يبلغ ، ويقضى لهما جميعاً بالحق .

فرع

قال : إذا قبض البائع الثمن وأنكره ، لم يحلف المبتاع : مَالَه عندي شيء ، بل : ما اشتريتُ منه سلعة كذا ، وقاله مطرف ، وقال عبد الملك : إنْ حلف : ما له عندي شيء مما يدعيه برىء ، وروى ابن القاسم القولين ، قيل لِمُحمد بن ابراهيم ابن عبدوس : إنْ أسلفتهُ فقضاني بغير بينة ، فإن حلف : ما اسلفتُه فقد كذَب ، وإنْ لم يحلف غَرم ، قال : يحلف وينوي ما استسلفتُ منه سلفاً يجب على ردُّه إليه في هذا الوقت ، ويبرأ من الإثم ، وفي **المنتَقَى** : قال مالك : لا بد أنْ يقول: ما اشتر[1] ولم اَستسلف ، وإنْ تمادَى على اللَّدَد سَجَنَه ، وإنْ تمادى أدَّبه ، لأنه غَيَّر الدعوى ، فلا بد من المطابقة بينها وبين اليمين ، وأول قول مالك : يكفيه: ما لَه عليَّ حق ، وقاله الشافعية ، لأنه إذا نفى[2] كل حق فقد انتفت الدعوى ، وقد يكون قضاه فيعترف بالبيع فيلزَمه الغُرم ، وإذا بَيَّن المدعي السبب ، وأنكر المطلوب وقال : إنما أحلف : ما لـه عندي شيء من هذا السبب ، لم يجزه ذلك حتى يقول : ولا أعلم له علم شيء بوجه من الوجوه ، قاله أشهب ، قال : والظاهر : إجزاءُ الأَول ، لأنه لم يطلب بغيره .

النظر الرابع ، في حكم اليمين

وفي **الجواهر** : حكم اليمين : انقطاع الخصومة في حال ، لا بَراءةُ[3] الذمة ، بل للمدعي بعدَ ذلك إقامةُ البينة ، ويعتذر بأنه لم يعلَم بها ، أو بغيبتها ، أما الحاضرة المعلومة ، ففي الحكم بها روايتان : المشهورة : عدم الحكم ، خلافاً لـ(**ش**) . لأن عدولهُ عنها إسْقاط لِحقه منها ، **احتج** : بأن له غرضاً صحيحاً في

---

(1) كذا .

(2) بالنسخة بقي .

(3) بالنسخة : لا برأت .

ذلك، وهو سلوك أقرب الطرق ، وخفةُ الكلفة مع إمكان الإكتفاء . وفي **الكتاب**: إذا قال : لي بينة غائبة فأَحْلِفه لي وإذا قَدمتْ قمتُ بها ، فإن خيف ذهابُ الغريم وتطاوُلُ الأمر لبُعدها ، أحْلفه الإمام ، وله القيام بها ، وإنْ كانت في نحو ثلاثة أيام ، لم يحَلفه إلاّ على إسقاطها ، ومتى استحلفه عَالِماً ببينته ناكراً لها وهي حاضرة أو غائبة ، فلا حق له فيها وإنْ قَدِمت ، قال ابن يونس : استحسن بعضُ القَرَويين : إذا كان أمرُ البينة يطول عند القضاء ، ويشتد على الخصم ذلك ، فله أنْ يحلف عساه ينكل فتندفع الكُلفة ، وإنْ حلف فله القيامُ ببينته ، لأن البينة العادلة خير من اليمين الفاجرة ، ومذهب عمر رضي الله عنه له القيام بالبينة مطلقاً، وقاله الأئمة ، وهو الأنظر الذي تقتضيه المصالح وظواهر النصوص .

فرع

في **المنتقى** : إذا حلف على المنبر دون أنْ يقتضيه صاحبُ اليمين لم يبرأ ، وإذا رضي يمينه في بيته أو غيره أجزأه ، ولا يحلف بعد ذلك ، لأن التغليظ حقه وقد أسقَطَه .

فرع

قال : إذا قال : اضربُوا لي أَجَلاً حتى أنظر في يمينه وأتثبت في حسابي ، فعل ذلك بقدر ما يراه الحاكم بقدر طول الحساب .

فرع

قال بعض العلماء : يجوز لك طلبُ اليمين الفَاجِرة ، وإنْ كان سعياً في منكَر، لأنه لولا ذلك لبطلت الأَيْمان ، وضاعت الحقوق، ولأنه لولا ذلك لما جاز للحاكم أنْ يأذن لَهُ في تحليف خصمه ، لاعترافه أنّ خصمه كاذب ، فيكون هذا مستثنى ، كما جعل الحلف على نية المستحْلف ، والقاعدة : أنّ النية للابطين[1] .

---

(1) كذا .

فرع

قال إمامُ الحَرَمين : الحلف لا يجب ، لأن جَلبَ[1] الحقوقِ ودفعَها غير واجب ، وفصَّلَ غيرُه فقال : إنْ كانت كاذبة حرمت ، أو صادقةً – والحق مما يباح بالإبَاحة كالأموال – أُبيحت إلاّ أنْ يعلم أنّ خصمه مَتَى نكَل حلف كاذباً ، وَجَبَ الحلف لمعصية الكذب ، أو مما لا يباح بالإباحة كالدماء والأَبضاع ، فإن علم أنّ خصمَه[2] لا يحلف إذا نكَل ، خُيِّر ، وإنْ غَلَب على ظنه حلفُه ، وجب عليه الحلف ، لأن حفظ هذه الحقوق واجب بِحَسب الإمكان ، فكذلك يجب حفظُ الودَائع من الظَّلَمة بِالأَيْمان الحانثةِ ، وكذلك من ادعى الرق أو نحوه من حقوق الله دعوى كاذبة ، وهو يمكنه التخلص منها باليمين .

النظر الخامس : في النكول

وفي **الكتاب** : إذا استحْلف المطلوب فَنَكَل لم يقض للطالب حتى يرد اليمين عليه ، فإن جهل المطلوب أرسال[3] الحاكم طلَب ردِّها فعليه أنْ يعلمه بذلك ، ولا يقضي حتى يردها ، فإن نَكَل الطالب فلا شيء له ، وقاله (ش) ، **وقال** (ح) وابن حنبل : يقضي بالنكول ، ولا يرد اليمين ويقضي بالنكول ، وقال (ح) : إنْ كانت الدعوى في مال كرر عليه ثلاثًا ، فإن لم يحلف لزمه الحق ، ولا يرد اليمين ، ولا يوجب القَوَد ، فلا يحكم بالنكول ، بل يحبس حتى يحلف أو يعترف . وفي النكاح ، والطلاق ، والنسب ، وغيره لا مدخل لليمين فيه فلا نكول ، وقال ابنُ أبي لَيْلَى : يحبس في جميع ذلك حتى يحلف . **لنا** : الكتابُ ، والسنة ، والقياس . اما الكتاب : فقوله تعالى : ﴿**ذَلِكَ أَدْنَى أَنْ يَأْتُوا بِالشَّهَادَةِ عَلَى وَجْهِهَا ، أو يَخَافُوا أَنْ تُرَدَّ أَيْمانٌ بَعْدَ أَيْمَانِهِم**﴾[4] ولا يمين بعد يمين إلاّ

---

(1) بالنسخة : حلف .

(2) بالنسخة : أرخصه .

(3) كذا . ولعلّها : أو سأل .

(4) (المائدة : 108) .

ماذكرناه غيرَ أنّ ظاهره يقتضي يميناً بعد يمين ، وهو خلاف الإجماع فيتعين حمله على يمين بعد رد يمين ، لأن اللفظ إذا ترك من وَجْه بقي حجة في الباقي .
وأما السنةا: فما روي[1] (**أنّ الأنصار جاءت إلى النبي ﷺ وقالت : إنّ اليهودَ قَتَلَت عبدالله ابن سَهل وطرحتْه في فَقير ، فقال النبي ﷺ : أَتَحْلِفُون وتستحقون دَمَ صَاحِبِكم ؟ فقالوا : لا ، قال : فتحلف لكم يهود ، قالوا : كيف يحلفون وهم كفار ؟**) فجعل النبي ﷺ اليمين في جهة الخصم . خرجه الموطأ وغيره ، ومَا روي أنّ المقداد اقْترض من عثمانَ رحمة الله عليهما سبعةَ الآف درهم ، فلما كان وقتُ القضاء ، جاء بأربعة ألاف ، فقال عثمان : اقرضتك سبعةَ آلاف ، فتَرَافَعا إلى عُمر ، فقال للمقداد[2] : تحلف وتأخذ ؟ فقال عمر لعثمان : لقد أُنصفك ، فلم يحلف عثمان ، فَنَقَل عمر رضي الله تعالى عنه اليمينَ إلى المدعَى عليه ، ولَم يختلف في ذلك عثمان والمقداد ، ولم يخالفهم غيرُهم ، فكان إجماعاً ، وقياساً على النكول في باب القَوَد ، والملاعِنة لا تُحَد بنكول الزوج ، ولأنه لو وكَّل عن الجواب في الدعوى لم يُحكَم عليه ، مع أنه نكول عن اليمين والجواب . فاليمين وحده أولاً لعدم الحكم، ولأن البينة حجة المدعي ، واليمين حجة المدعَى عليه في البغي ، ولو امتنع المدعي من إقامة البينة لم يُحكم عليه بشيء ، فكذلك المدعى عليه إذا امتنع من اليمين لم يحكم عليه ، ولأن المدعي إذا امتنع من البينة كان للمدعَى عليه إقامتها وتوجهت ، وكذلك المدعى عليه إذا قعد عن اليمين يكون للآخر ، ولأن النكولَ إنْ كان حجة كاملةً كالشاهدْين ، وجب القضاب به في الدماث ، أو ناقصةً كشاهد وامرأتيْن أو يمين ، وجب استغناؤه عن التكرار ، أو كالإعتراف ، والإعتراف يقبل في القَوَد بخلافه ، والإعتبار لا يفتقر إلى تكرار بخلافه . **احتجوا** بقوله تعالى : ﴿**إِنَّ الذِينَ**

(1) رواه مالك في **الموطأ** في كتاب القسامة ، عن سهل بن أبي حثمة مرسلاً ، ورواه البخاري في الأحكام والديات ومسلم في باب القسامة . عن رافع بن خديج . وقال مالك : الفقير هو البئر . وقد تقدم الحديث .

(2) بالنسخة : للمقدادي .

﴿يَشْتَرُونَ بِعَهْدِ الله وَأَيْمَانِهِمْ ثَمَناً قليلاً﴾[1] فمَنَع تعالى أنْ يستحق بيمينه على غيره حقاً ، فلا ترد اليمين ، ليلاً يستحق يمينه مالَ غيره ، ولأن الملاعِن إذا نَكَل حُد بمجرد النكول ، ولأن ابنَ الزبير وَلّى ابنَ أبي مُليكَة[2] قضاءَ اليمَن[3] فجاء إلى ابن عباس فقال : أنّ هذا الرجلَ ولأّنِي[4] هذا البلَدَ ، وإنه لا غِنى لي عَنْك[5] ، فقال له ابن عباس : أكتب إليَّ بما يبدو لك ، قال : فكتب إليه في جاريتيْن جَرَحت إحداهما الأخرى في كفها ، فكتب إليه ابن عباس : احبسهما إلى بعد العصر ، واقرأ عليهما : **﴿إنَّ الذينَ يَشْتَرُونَ بعَهْدِ الله وَأَيْمَانِهِمْ ثَمناً قَلِيلاً﴾** قال : فَفَعل ذلك واستحلفَهما ، فابَتْ ، فألزمها ذلك ، وقال[6] ﷺ : **(البيّنةُ عَلَى مَن ادَّعى واليمينُ عَلَى مَن أَنكَر)** فجَعَل اليمينَ في جهة المدَّعى عليه فلم تبق يمينٌ تُجعل في جانب المدَّعي ، وَجَعَل حجة المدعي البينةَ ، وحجة المدَعى عليه اليمين ، ولمَّا يجز[7] نَقْلُ حجة المدعِي إلى جهة[8] المدعَى عليه ، لم يُجزْ أيضاً نقلُ حجة المدَعى عليه إلى المدعي ، **ولقوله**[9] ﷺ : **(شَاهِدَاكَ أَو يَمينُـه)** ولم يقل : أو يمينك . ولأن البينة للإثبات ، ويمين المدعَى عليه للنفي ، فلما تعذر جعلُ البينة للنفي ، تعذر جعلُ اليمين للإثبات .

والجواب عن الأول : أنْ معنى الآية : أنْ لا يَتعمد اليمينَ الكاذبة ليَقطَع بها مالَ غيره وهذه ليست كذلك ، ومجرد الإحتمال لا يمنع ، ولا يمنع المدعى عليه من اليمين الرابعة ليلا يأخذ بها مال غيره ، بل يحكم بالظاهر ، وهو الصدق .

---

(1) (آل عمران : 77) .
(2) بالنسخة : ابن أبي ليكة والعبارة بالنسخة محرقة غاية .
(3) بالنسخة : قضاء اليمين .
(4) بالنسخة : ولا ينى .
(5) بالنسخة : وأنه لا عنا لي .
(6) تقدم تخريجه مراراً .
(7) بالنسخة : لم يجد .
(8) بالنسخة : جنته .
(9) تقدم تخريجه مراراً .

وعن الثاني : أنّ المُوجب لِحَد الملاعِن قذفُه ، وإنما أَيمانُه مسقطة ، فإذا نفذ المانع عمل المقتضي ، والنكول عندكم مقتضي ، فلا جامع بينهما . **وعن الثالث** : أنه روي عن أبي[1] أنه قال : اعترفت فألزمها ذلك ، ولعله برأيه لا برأْي ابن عباس ، فإن ابن عباس لم يأمره بالحكم عليها بذلك ، و(**س**)[2] لا حجة في فعله . **وعن الرابع** : أنه ورد فيمن[3] يتوجه عليه اليمين ابتداء ، ونحن نقول به ، وأمَّا مَا نحن[4] فيه فلم يتعرض له الحديث ، ألاَ تَرى أنّ المنكر قد يقيم البينة إذا ادعَى وفاا الديْن ، فكذلك اليمين قد توجه[5] في حق المدعي في الرتبة الثانية . **وعن الخامس** : أنه لبيان من يتوجه عليه اليمين ابتداء في الرتبة الأولى ، كما تقدم تقديره[6] . **وعن السادس** : أنه لم يجعل اليمين للإثبات[7] باليمين مع النكول ، ثمّ إنّ البينة قد تكون للنفي كبينة القضاء فإنه نفي .

فرع

قال ابن يونس : إذا قضي بالنكول واليمين فوجد الطالب بينة قام بها .

فرع

في **الجواهر** : يحكم بالشاهد والنكول والمرأتين ، والنكول من المدعَى عليه . خلافاً لِـ(**ش**) ، لأن النكول سبب مؤثر في الحكم فيحكم به مع الشاهِد كاليمين من المدعي ، وتأثيرُه : أنّ نكولَ المدعى عليه ينقل اليمينَ في الحقوق كلها ، بخلاف اليمين .

---

(1) كذا ، وتقدم انه ابن أبي مليكة .
(2) كذا دون نقط .
(3) بالنسخة : لمن .
(4) بالنسخة : واما نحن .
(5) بالنسخة : توجد .
(6) كذا ، ولعله : تقريره .
(7) كذا .

بسم الله الرحمن الرحيم صلى الله على محمد وعلى آله وسلَّم تسليماً

كتاب العتق

قال بعض العلماء : عتق العبد في نفسه وأعتقه سيده فهو معتق وعتيق ، والعتق في اللغة : الخلوص ، ومنه : عِتاق الخيل ، وعتاق الطير أي خالصُوها ، والبيت الحرام : عتيق لخُلوصه من أيدي الجبابرة ، وفي الشرع : خُلوص الرقبة من الرق . **وفي التنبيهات** : العَتق والعَتاق بفتح العين فيهما ، وأمة عتيقة ، وإماء عتائق ، ولا يقال : عاتق ولا عواتق إلاّ أنْ يراد مستقبل الأمر ، فهو عاتق غداً ، ولا يقال : عُتق بضم العين بغير همز من أوله ، بل أُعتق بالهمزة ، والبيت الحرام ؛ عتيق ، قيل : عتق من الطوفان ، وقيل لم يملكه جبار ، وقال : وقد يكون العتق من الجَودة والكرم ، وفرس عتيق ، إذا كان سابقاً ، وعتق العبد أي أُلتحق بالأحْرار[1] ثمّ فضله ، وقد يكون من القوَّة والسراح . عتق الفرخ إذا قَوِي على الطيران ، والعبدُ إذا أزال ضعفه عن الإكتساب ، والعبادات (كذا) .

والعتق من المندوبات إجماعاً[2] ، قال ابن حزم في كتاب **الإجماع** : وأجمعت الأمة على أنه لا يجوز عتق غير بني آدم من الحيوان ، لأنه السائبة المحرَّمة بالقرآن .

واصْله : الكتاب ، والسنة ، والإجماع ، أما الكتاب : فقوله تعالى : ﴿**وما أدراك ما العَقَبَة ، فكُّ رَقَبَة**﴾[3] وقوله تعالى : ﴿**فتحريرُ رقبة**﴾[4] واما السنة ففي

---

(1) بالنسخة : بالاحرام .

(2) أنظر : (مراتب الإجماع) ص 162 . ولفظه : واتفقوا أنّ عتق حيوان غير بني آدم لا يجوز ، وأنّ الملك لا يسقط بذلك ، واختلفوا في السائبة الخ .

(3) (البلد : 12) .

(4) (النساء : 92) .

الصحيحين[1] : قال النبي ﷺ : (**مَن أعتقَ رَقَبةً مؤمنة ، أعتق الله تعالى بِكُل إربٍ منهَا إِرْباً منه من النار ، حتى انه ليعتق اليد باليد والرِّجل بالرجل والفرج بالفرج**) وأجمعت الأمة على أنه قُربةٌ ، وهو من أعظم القُرَب . لأن الله تعالى جعله كفارة القتل ، وصلةُ الرحم أفضل منه لما في مسلم[2] قال رسول الله ﷺ لامرأة أعتقتْ رقبةً : (**لو كنتِ أخدمتِيهَا أقارِبَك[3] لَكَان أعظم لأجرِكِ**) .

فرع

قال اللخمي : ظاهر الحديث يقتضي أنه إذا أعتق ناقص عُضو لا يحجب النار عن الغضو الذي يقابله منه ، وهو ممكن ، لأن الألَم يخلقه الله تعالى في أي عضو شاء ، كما جاء في الصحيح[4] : (**إنَّ الله تعالى حَرّم عَلَى النارِ أنْ تأكُلَ أثرَ السُّجود**) .

فرع

قال : وعتق الذكر أفضل ، لأن أثر العبادة فيه أوجد ، ولأن كثيراً من النساء لا يرغب في العتق ليلا يَضيع ، ولأن الرق في الرجال أزكَى ، فإن استووا في الذكورية وغيرها فأغْلاَ ثَمناً ، لأنه ﷺ (**سئِل[5] : أي الرقاب أفضل ؟ فقال : أغْلاها ثَمناً وأنفسُها عندَ أهلها**) فإن كان الأعلا ثَمناً كافراً[6] فضَّله مالك وخالفه

---

(1) رواه البخاري ومسلم في العتق . وكذلك الترمذي . واحمد في (**المسند** 2/420–422) والبيهقي في (**السنن الكبرى** 10/271) عن أبي هريرة ، وليس في الصحيحين ذكر اليد باليد.

(2) رواه مسلم في الزكاة ، باب فضل النفقة والصدقة على الأقربين والزوج والأولاد والوالدين ولو كانوا مشركين ، عن ميمونة بنت الحارث انها اعتقت وليدة في زمان رسول الله ﷺ فذكرت ذلك له فقال ﷺ : لو اعطيتها اخوالك كان اعظم لأجرك .

(3) بالنسخة : لقاربك .

(4) رواه البخاري في الأذان والتوحيد ، ومسلم في الإيمان ، عن أبي هريرة ضمن حديث طويل .

(5) رواه مالك في **الموطأ** في كتاب العتق والولاء ، باب فضل عتق الرقاب الخ عن عائشة ، ورواه البخاري في العتق ، عن أبي ذَر ، وكذلك مسلم في الإيمان .

(6) بالنسخة : كافر .

أصبغ ، قياساً على عتق الواجب ، ولأن الآخر يراعي فيه مَن يصرف إليه الإحسان. وإذا كان عتق الذكَر أفضل فالمرأة المسلمة أفضل من الكافر ، وإذا كانا مسلميْن ، فالدين أفضل ، وإنْ كان أقلَّهما ثَمناً ، وفي **المقدمات** : إنما يكون الإعلا ثمناً أفضل حالاً عند استوائِهما في الكفر والإسلام ، فالأعلا ثمناً من المسلمين أفضل وإنْ كان الآخر أفضل حالاً .

وفي الكتاب نظران .

النظر الأول ، في أركانه : وهي ثلاثة :

الركن الأول : المعتِق ، وفي **الجواهر** : هو كل مكلف لا حِجرَ عليه ، لأنه من باب الصدقة بالمال ، وفي الركن تسعة فروع :

الأول ، في **الكتاب** : إذا قال العبد : كل عبد أملكه إلى ثلاثين سنة حر ، فعتق ، ثمّ ابْتاع رقيقاً قبل الأجَل عتق لزوال مانع الرق دون مالكه ، وهو في ملك سيده ، لأنه لا ينفذ عتق العبد لعبده إلاّ بإذن سيده ، تطوع بذلك ، أو حلف بذلك فحنث ، إلاّ أنْ يعتق وهو في يده ، فيعتق إذا لم يُرد السيدُ عتقَه حين عُتق ، فإن رده قبل عتقه وبعد حنثه لم يلزمه عتقه ، لأن رد السيد إبطال لتصرف العبد ، وإنْ قال العبد : إنْ اشتريتُ هذه الأَمةَ فهي حرة ، فشدد مالك الكراهية في شرائها ، ولم يذكر أنّ سيده أمره باليمين ، قال ابن يونس : قال محمد : المكاتب والسفيه كالعبد في رد العتق يبطل ، ولا يلزمهم بعد العتق والرشد بخلاف المديان ، عتقه للغرماء ، ثمّ يفيد مالاً قبل بيع العبد ، إذ يقرب بيعه ، وقاله ابن القاسم ، قال أشهب : رد الزوج عتق الزوجة ، ثمّ تزول العصمة والعبد بيدها فإنه يبقى رقيقاً ، وقال ابن القاسم : يعتق بغير قضاء بخلاف السفيه والعبد ، والفرق : أنّ المديان والمرأة مطلقَا التصرفِ في أنفسهما ، وإنما تعلقَ به حق الغير ، فإذا زال المانع بعد العتق والمولى والعبد مسئلتان[1] صحة[1] التصرف ، وإنما قال ابن القاسم

---

(1) كذا .

في عتق المرأة : إنه ينفذ بغير قضاء ، وفي المديان بالقضاء ، لأن رد الغرماء إيقاف النظر هل له مال أم لا ؟ وليس حقهم في عين العبد ، والزوج حقه في عين العبد ، وليس رده لأمرٍ بين ، فهو أشبه برد الولي من رد الغرماء ، ورأى أشهب أنه كرد الولي ، والفرق لابن القاسم : أنها تتصرف في ثلثها بخلاف المولَّى عليه فتوسط أمرها ، وأما إنْ حَلَفَ المولى عليه والمرأة والعبد فلم يحنثوا حتى ملكوا أمرَهم فهو يلزمهم لزوال المانع ، وعن ابن القاسم في الصبي والعبد والنصراني يحنثون بعد زوال تلك الأحوال : لا شيء عليهم نظراً لحالة اليمين ، وهو السبب ، وقال عبد الملك : إذا أعتق العبد عبدَه فسكت سيدُه وقد علم ، لا يلزمه العتق لسكوت سيده وعلمه ، وإنما كره مالك شراء العبد الأَمةَ إذا علق عتقَها ، لأن لسيدها ردَّ عتقها فيبقَى للسيد وطؤُها وهي محلوف بحرّيتها[1] ، وكذلك لو أمره سيده باليمين ولم يأمره بالشراء ، أما لو أمرهما[2] عتقت عليه ولم يكن للسيد الرد كعتقه بإذنه ، قال مالك : وإذا كان السفيه لا يولى عليه وهو يَلِي نفسه بعد عتقه ، قال ابن القاسم إلاّ البين السَّفَه[3] الذي يحجر مثله ، وعن مالك : البين السفه في إفساد ماله ينفذ تصرفُه حتى يحجرٌ عليه ، وهو قول أصحابه إلاّ ابن القاسم ، قاله أشهب ، إذا حلف السفيه المولى عليه لعتق رقيقه وحنث بعد ولايته لنفسه ، يلزمه الحنث ، وقيل : لم[4] يلزمه ، قال اشهب ؛ إذا حنث قبل زوال الحِجر فإن رد وصيته لم يلزمه بعد الحِجر ، وإلاّ لزمه كالعبد ، ولم يختلف مالك وأصحابُه في نفوذ عتق السفيه أمَّ وَلَده لما يدخلها من الحرية ، ولا يتبعها مالها عند ابن القاسم إلاّ التافِه ، وقال أشهب : يتبعها كما لو طلق امرأته ولها مهر عظيم عليهِ ، والفرق : أنه قادر على الإستثناء ها هنا ، وقال المغيرة : عتقُه أمَّ ولده لا ينفذ بخلاف طلاقه ، وفي **الجواهر** : لا عتق للعبد إلاّ بأذن السيد ، فيقوم في مال

---

(1) بالنسخة : بحديتها .
(2) بالنسخة : ولو أمرتهما .
(3) بالنسخة : السفيه .
(4) كذا .

السيد ، كان للعبد مال أم لا ، وكان إنْ كان بغير اذنه وأجازه ، قال سحنون : ويستوجب مال السيد . وإنْ احتِيج إلى رَقَبة العبد فيما بيده لم يقوّم عليه ، قال اللخمي : إذا قال العبد : كل عبد أملكه إلى ثلاثين سنة كما تقدم ، فاشترى عبداً في حال الرق بعد إجازة السيد ليمينه لَزمه العتق ، وإنْ أجاز يمينه في ذلك العبد وحده لزمه عتقه . قوله : رد ما يشتريه بعده ، واختلف في حل السيد ليمين العبد فجعله ابن القاسم له دون أشهب ، قال : وقول أشهب أظهر ، لأن ضرر السيد في العتق لإبقاء اليمين ، ولا ينقص من ثمنه إذا باعه .

الثاني : إنْ مَلَّك عبدَه العتقَ فقال : اخترتُ نفسي ، وقال : نويتُ بذلك العتق ، صُدق وعُتق قياساً على على المرأة في الطلاق ، وإنْ لم يرد العتق فلا يعتق ، وقال غيره : يعتق وإنْ لم يرد ، كما يكون ذلك من المرأة طلاقاً ولم ترده ، وإنْ لم يرد العتق لم يُعتَق ، وقال غيره : يعتق وإن لم يرده ، كما يكون من المملَّكة طلاقاً وإنْ لم ترده ، وإنْ قال العبد : أنا أدخل الدار وأردتُّ بذلك العتق لم يعتق ، لأنه ليس من لفظه ، وقال غيره : لو قال : أنا أدخل ، أو أذهب ، أو أخرج ، لم يكن هذا عِتقاً إلاّ أنْ يُريد به العتق ، لأنه يصلح أنْ يريد به العتق ، قال ابن القاسم : وإنْ قال السيد لعبده : أدخل الدار يريد به العتق عتق ، بخلاف قول العبد ، لأن العبد يدعي العتق إذا أجاب بغير لفظه ، كالمملَّكة تقول لنا : أدخل بيتي ، وتقول : أردتُ الطلاق ، لا يقبل منها ، وليس للعبد والمرأة بذلك خيار ، وإنْ كانا في المجلس في قول مالك جميعاً لتركهما ما جعل لهما حين أجابا بغير طلاق وعتق ، وتمليك العبد كتمليك المرأة ذلك في يدهما ما لم يفترقوا من المجلس ، أو يطول حتى يرى أنهما تركا ذلك ، ولو خرجا من الذي كانا فيه إلى كلام غيره يُعلَم أنه تَركٌ لما كانا فيه ، بطل ما جعل لهما ، وهو أول قول مالك ، وبه أخذ ابن القاسم ، وعليه جماعة الناس ، ثمّ رجع فقال : ذلك لها وإنْ قامت من المجلس ، إلاّ انْ توقف أو تتركَه يطؤها ، أو يباشرها ، ونحو ذلك ، فيزول ما بيدها ، وكذلك العتق ، قال ابن يونس : الفرق عند ابن القاسم بين العبد والمرأة في اختيار النفس : إنْ اختار العبد نفسه قد يراد به البيع ، ومقصود المرأة منحصر في الطلاق ، قال

محمد بن القاسم : إنْ قال العبد : اخترتُ امري ، أو قَبلت امري وَنَوَى العتق فذلك له ، وإنْ لم ينوِه فذلك باقٍ بيده متى شاء اعتق نفسَه ، وإنْ أجابا بغير ما جعل لهما أبطل في الكتاب ما بيدهما ، بخلاف السكوت الذي يترتب فيه الجواب ، وقال أشهب : ذلك لهما ما داما في المجلس ، وقولهما الأول : أُدخُلُ بيتي ، من العبد ونحوه كالسكوت ، قال اللخمي : إذا وكله على عتقها فقال لها : أدخلي الدار ، وقال : اردت العتق لم يُصَدَّق عند ابن القاسم ، كما لا يصدق العبدُ ، قال محمد : إذا قال السيد : أدخل الدار ، وقال : أردت به العتق أو الطلاق ، لم يلزمه إلاّ أنْ يريد : إذا قلت هذا فهو حرٌّ أو طالق ، لأن هذا ليس صريحاً ولا كناية .

الثالث ، في **الكتاب** : إنْ وكلتهما على عتقه فأعتقه أحدهما فإن فوضتً ذلك إليهما لم يعتَق إلاّ بإجتماعهما لأنه ظاهر جمعك بينهما ، وإنْ جعلتَهما رسُولين عتق ، وكذلك الطلاق ، قال أشهب وغيره : لو ملكتَها وأجنبياً عتقَها فلا بد من اجتماعهما ، لأن لكل واحد منهما[1] واطئها[1] انتقض ذلك ، فالرابع[1] ، حكم الوكيل حكم الموكل ، وتقبل دعواه في البينة ، ويلزم الموكل ، بخلاف العبد المتهم لنفسه .

الرابع : ينفذ عتق السكران وتدبيره . دون المعْتوه المطبق ، والصبي وإنْ علق[2] العتق ثمّ جُن ففعل ما جلف[3] عليه في جنونه فلا شيء عليه ، وإنْ قال الصبي : كل مملوك لي حُر إذا احتَلمتُ ، فاحتلم فلا شيء عليه ، لأن اليمين والحِنث لا بد من حُصولهما في زمان ينفذ فيه التصرف ، وأحدهما لا يستقل إجماعاً ، والإكراه يَمنع لزوم العتق والبيع وغيرهما ، وإكراهُ السلطان وغيرِه سواء ، والتهديدُ بالضرب إكراه ، والتخويف الذي لا يشك فيه ، والسجن ، واكراه الزوج بالضرب ، وإنْ افتدت منه بشيء رده ، قال ابن يونس : قال ابن

(1) كذا واظنه سقط من هنا شيء .
(2) كذا ولعله : عَقَل .
(3) كذا .

القاسم : البكر التي في بيت أهلها ولم تعنس ، ولا يجوز عتقُها ولا معروفُها ، وإنْ أجازه والدُها لاَ ينبغي[1] للسلطان أنْ يجيزه ، وهي كالصبي ، ويجوز عتقُ المعنسة إذا أُنس منها الرشدُ في بيت أبيها ، والمعروف لمَالِك : لا ينفذ عتقُها ، ولا ينفذ تصرف البكر إذا دخل بها زوجُها ، وإنْ أجازه الزوجُ حتى يتبين رشدُها .

الخامس : في **الكتاب** : دَفَع العبد لك مالاً لتشتريه لنفسك أو تشتريه لتعتقه ففعلتَ ، لزم البيع ، فإن كنتَ استثنيتَ ماله لم تغرم الثمنَ ثانيةً والاَّ غرمتَه ، لأن المال بقي للبائع ، ويعتق الذي شرط العتق ، ولا يتبعك بشيء دون الآخر ، وإنْ لم يكن لك مال بِيعَ عَلَيك في الثمن ، ويباع العتيق في ثمنه إلاّ أنْ يكفي بعضه ، فإن زاد الثمن على العبد ، فالزائد في ذمتك ، وإنْ اشترى العبد بنفسه منك شِراءً فاسداً عتق ، ولا تتبعه بقيمة ولا غيرها ، بخلاف شراء غيره ، لأنك بعت مالك بمالك ، فكأنك المعتِق من غير بيع ، إلاّ أنْ يتبعه[2] لنفسه بخمر أو خنزير فلك عليه قيمةُ رقبة ، لبطلان أصل العوَض بالكلية ، وقال غيره : هُو حرٌّ ولا شيء عليه نظراً لما تقدم ، وإنْ أعتقه المشتري له[3] بخمر عتق ، وعليه قيمته يومَ القبض . وفي **النُكَت** : إذا دفع لك عَرضاً وقال لك : اشترِ[4] لنفسك ، ولم تستثن مالَه ، فأنت كمن اشترى سلعة بسلعة ، فاستُحقت السلعة التي دفعتَ فلسيد العبد الرجوعُ في غير عبده إنْ كان قائماً لم يُفت ، وإنْ فات بحَوالة سوق أو غيرِها فَعَلَيك قيمةُ العبد ، قال ابن يُونس : قال محمد : وإنْ قال له العبد : اشترِني بهذا المال لنفسي فَفَعَل واستثنى مالَه ، عُتق مكانَه ، لأنه مالك نفسه ، وولاؤه لسيده البالغ ، وإنْ لم يستثن ماله عَاد رِقّاً لبائعه . والمال له ، ولا يتبعه المشتري بيمينه مليًّا أو مُعدماً ، والبيعُ محمول على أنه اشتراهُ لنفسه ، حتى يعلم غيره ، لأنه الأصل في مباشرة العقود أنْ يكون للمباشر ، فإن تداعيا ذلك : قال أصبغ : صُدق المشتري استثنَى

---

(1) بالنسخة : لم ينبغ .

(2) كذا .

(3) بالنسخة : المشتر له .

(4) بلنسخة : اشترى .

مالَه أَم لا ، لأنه ضامنٌ غارم ، ويحلف إنْ اشتثنى مالَه ، فإن نكل حلف العبد وكان حراً ، ولو لم يستثن ماله لَم يحلف للعبد ، ولو ادَّعى البائع عليه أنه انما اشتَرَاهُ لنفس العبد ، حلف عل ذلك وغرم الثمن ثانيةً ، فإن نكَل حلف السيد واستحق العبد ، قال أصبغ : وإنْ اختلف السيد والمشتري فقال السيد : من مال عبدي دفعت الي ، وصدقه العبد ، واتفقوا أنه اشتراهُ لنفسه ، صُدق والمبتاع ، استثنَى ماله أم لا ، فإن نكَل حلف واستحق الثمن ثانيةً ، فإن لم يكن للمشتري مال وأعتق العبد رُد العتق وبيع[1] الثمن ، عرف بينهما معاملة قبل ذلك أم لا . وقوله : إذا اشترى شراء فاسداً يعتق ويكون كا بعته[2] كان له غيره كأنك انتزعته منه واعتقته .
قال محمد بن ميسر : إنْ أعتقَه على خمر في يده فهو حرٌّ ، ويكسر عليه ، وإنْ كان في ذمته فعليه قيمةُ رقبته ، وهو موافق **للمدونة** ، ومسألة **المدونة** إذا كان مضموناً وقال : ينبغي إذا كان مضموناً أنْ يعجل العبد ، ويتبع بقيمته ، قال ابن القاسم : إنْ بعتَ عبدك من نفسه بأَمَتِه فوجدتَّ بها عيباً لم تردَّها كأنك انتزعتها وأعتقتَه ، ثَمّ رجَع فقال : إنْ قاطعتَه عليها بعينها رددتَّها واتبعتَه بقيمتها ، ولو كانت يوم العقد ليست له ، قال ابن القاسم : رددتها بالعيب الذي وجدتَّه ، ونفذت الحرية ، واتبعتَه بقيمتها ، كالمكاتب يقاطعك بجارية بعينها فتوجد مَعيبةً أو تستحق ، فإنك ترجع عليه بقيمتها ، قال اللخمي : وإذا دفع لك عَرضاً تشتريه له بالوكالة وعلم به السيد قبل تغيير سُوقه أو بدنه ، قضي له بالقيمة ، ولم يكن له أخذه ، فإن كان مُوسراً أخذت منه القيمة ، وإلاّ اتبع بها ، وإنْ أعتقت وأنت مُعسِر ردّ عتقُك وبيع في القيمة إنْ تغير سُوقُه ، وإلاّ أخذه ، لأن الوجه الذي تغيرت به رد من أصله . ويباع عند أشهب في القيمة ، لأنه مرت به حالة فات بها ، وقال محمد : إنْ استثنيتَ ماله عتق وولاؤه لسيد[3] الأول لبائعه ، ولم يفرق

---

(1) كذا .

(2) كلمة مطموسة في الصورة .

(3) كذا .

بين كون الثمن عيناً أو عَرضاً ، قال أصبغ : إنْ قال لسيده : بعني نفسي بمائة ، ولم يقل : من نفسي ، فباع وقبض المائة ، ثمّ قال : فلان أعطانيهَا لأشتري بها نفسي ، وقد أعتق فلان وصدقه فلان ، فإن كان قولُه[1] جواباً لأَكلاما أو في المجلس أو قريباً منه صدق ، وكان مولاه ووارثه ، وإنْ تباعد بعد الشراء لم يقبل منه ، وإنْ كان مثلُه لا يملك ذلك المال فهو كالأول . أو يملكه لم يصدَّقْ ، والعتق ماض ، وولاؤه لسيده ، قال اللخمي : لا يصدق العبد إلاّ ببينة فيبطل العتق ، ويكون المال للآمر ، وليس له أنْ يجبر وفعله[2] ، وإذا اشترى نفسَه بعبد آبق في ملكه فلم يَجده فهل يرجع بقيمته لأنه قصد المبايَعة أو لا ، لأنه انتزاع ، قولان .

السادس ، في **الكتاب** : إنْ حجد العتق فاستغل واستخدم ووطىء ثمّ ثبت العتق بالبينة وهو يحجد فلا شيء عليك من ذلك ، وإنْ أقر بذلك ولم تنزع رددتَّ الغَلة للعبد ، وقيمةَ خدمتِه ، ويحَد في الوطْء ، كمن ابتاع حرةً وهو يعلم بها ، وإنْ حلف لعتقه فحنَث واستغله ، ثمّ مات ، وكاتَبه وورثتُه غيرَ عالمين بالحنث ، ثمّ شهد بالعتق مضى العتق الآن ، ولا رجوع له بغَلة ولا كتابة ، وكذلك إنْ جرحه السيد أو قَذَفَه وثبت عتقُه قبلَ ذلك والسيد جاحدٌ ، فلا شيء عليه ، بخلاف حكمه مع الأجنبي ، وقال غيره : إنْ جَحد السيد[3] العتقَ فثبت بالبينة ، رد الغَلة ، وللعبد حكم الحُرَ فيما مَضَى مردداً[4] وجرح ، له أو عليه ، مع الأجنبِي أو السيد ، لأن الشهادة[5] يثبت حكمُها من يوم شَهِدُوا أن العتق وقَع فيه ، قال ابن يونس : قال أشهب : جَحد السيد مع البينة كالإقرار ، إلاّ في الوطء ، لأن الجحد شبهة تمنع الحد ، إلاّ أنْ يقر بالتعمّد ، قال محمد : وإنْ اقر وقد جَرحه خطأً فعليه الأقلُّ من دية جَرحه عبداً أو حراً للعبد إلاّ أنْ يكون ثلثَ الدية فأكثرَ فلا شيء عليه أقر أُو جَحَد ، لأنه إقرار على العاقلة ،

---

(1) بالنسخة : فإن قوله .
(2) كذا ولعله : على فعله .
(3) بالنسخة : السيده .
(4) كذا .
(5) بالنسخة : شهادة .

والقياس : أن عليه ما يلزمه مع العاقلة . قال ابن القاسم : وإذا استُحق العبد فإنه حر الأصل لم يرد السيدُ ما أخذه من كتابة أو غلّة ، خدمة أو خراج دون ما انتزعه من ماله ، أفاده عنده أم لا ، ودون ما قبضه من اَرْش جِراحَاتِه وقطع يده ، لأنه لا يضمنه لو مات عنده ، بل يرجع على بائعه بالثمن ، قال المغيرة : يرد غَلته ويعطي الموطوْةَ صداقَ المِثل ، ولم يَر ابنُ القاسم الصداقَ ، لأن مسترِقَّ الحُرِّ دَفَع ثمناً انتفع به فينتفع بمثمونه ، كما استحق الملك ، والفرق للمغيرة : أنّ العبد إذا هلك بيد مشتريه ضمنه ، ولا يرجع بثمنه ، والخراجُ بالضمان ، والحرّ لا يضمنه حرٌّ ، ولو هلك بيد المشتري رَجَع بالثمن على البائع ، قال اللخمي : جعل مالك الجاحِد في **الكتاب** له شبهه الملك ، وحمله على النسيان ، كمن طلق ثمّ أصاب على شبهة العَقد المتقدم أنه لا صَداقَ لها .

السابع ، في **الكتاب** : إنْ أعتق عبداً من الغنيمة وله فيها نصيبٌ لم يجز عتقُه ، وإنْ وطيء فيها حُـدَّ ، قال ابن يونس : قال ابن القاسم : يقطع للسرقة ، وقال غيره : لا يحد للزنا ، ويقطع إنْ سرق فوق حقه ثلاثةَ دراهم ، لأن حقه في الغنيمة واجب موروث بخلاف بيت المال . ووافق الجميع ابنَ القاسم في العتق إلاّ قولاً أنه يعتَق عليه ، ومنشأ الخلاف : هل يلاحظ حقُّه في الغنيمة أو ان لِلإمام أن يبيعَ هذه ولا يعطيه لغيره ؟ و لاحظ ابن القاسم أنّ حصته من الجنس غير معلومة ، فلا يعلم ما يقول لشركائه ، قال : وهذا والله أعلم في الجيش العظيم ، وأما في السرية اليسيرة فحصته معلومة ، فيعتَق عليه ويقوَّم ، ولا يحدَّ للزنا باتفاق ، قال اللخمي : قال سحنون : يمضى عتقُه من المغنم ، ويغرم نصيب اصحابهِ ، فإن كان فيه من يعتق عليه عتق نصيبُه وغرم بقيتَه ، وإنْ أحبل أَمةً لا يُحَد وغَرم القيمَة يوم أحبَلَها لأمير الجيش ، وإنْ تفرقوا تصدق به ، وإنْ كان عديماً فله نصيبُه بحساب أم ولَد ، ويباع باقيها .

الثامن ، في **الكتاب** : إنْ أسلم عبد النصراني ، ثمّ أعتقه قضى عليه بعتقه ، لأنه حكم بين مسلم[1] ونصراني ذمي ، وإذا دخل الحربي بأَمان فكاتَب عبدَه ، أو دبَّره ، أو أعتقه ، فله بيعُه ، وكذلك النصراني إنْ أعتق عبداً نصرانياً ، إلاّ أنْ

(1) بالنسخة : المسلم .

يرضى أنْ يحكم عليه بحكم الإسلام ، فيحكم عليه بحريته ، وكذلك لا يقوَّم عليه حصة شريكه ، وإنْ دبَّر ، أو كَاتَب لم يمنع الآن البيع ، لأنا لا نعرض لهم في أموالهم ولا نسائهم ، إلاّ أنْ يسلم العبد وهو بيده ، فيواجر المدبَّر ، وتباع كتابة المكاتب ، لأنه لا يُقَر مِلكه على مسلم ، فإن بتل العتق في نصراني ، أو دبَّره ، أو حلف بذلك ثمّ حنث بعد إسلامه ، أو قبله ، لم يلزمه ، وكذلك جميع أَيْمانه . في **التنبيهات** : إذا دبَّر النصراني أو كاتب فأسلم العبد ، فَفَسَخ النصراني ذلك ، لم يُعرَض له إنّ دبَّر قبل إسلام العبد ، قاله في **المدونة** ، وروي فيها : إنْ كان رده قبل أنْ يسلم العبد ، قال ابن أبي زَمَنِين : وهو أصوب ، وقد جاء مفسّراً في **العتبية** : ليس له رده بعد إسلام ، لأنه حكم بين مسلم وذمي ، فيحكم فيه بحكم الإسلام ، وفي **النكت** : قال بعضُ القرويين : إذا أعتق نصراني نصرانياً فاسلم العبد أو السيد ، لا يحكم عليه بحريته ، وله الرجوع مالم يبن عنه على أصل ابن القاسم ، وخالفه محمد ، وإنما منع بعد بينونته عنه لتوجه الحرية عليه للمسلمين ، فلا يبطله النصراني ، قال ابن يونس : وإذا أسلم العبد المدبَّر واجرتاه[1] فمات السيد نصرانياً عُتق في ثلثه إنْ حَمَلَه ، وإلاّ فمبلغ الثلث ، وورث ما بقي ، فإن كان وارثُهُ نصرانياً : خُيِّر على بيع ما صار له ، أو مسلماً ، أو لا وارث له ، فما رق منه لِجميع[2] المسلمين ، لأن المسلم لا يرث كافراً ، وقيل في الداخل ، وأما أنْ لا تفسخ الكتابة لأنه من التظالم بينهم ، قال مالك : إلاّ أنْ يسلم العبد قبل ذلك تلزمه الكتابة والتدبير ، وإذا أعتق النصراني عبده وأسلم العبد إنْ بَانَ عنه وصار كالأحرار ، لا يرجع في عتقه ، وإنْ كان يستخدمه كما كان حتى أسلم فله الرجوع ، كما لو طلق أمرأته ثمّ أسلم ، فله حبسُها إنْ لم تبِن عنه ، وإلاّ فلا ، وليس له نقض[3] تدبير المدبَّر يُسلِم ، والفرق : أنّ شأن[4] العتق بينونة العتيق بنفسه ،

---

(1) كذا ولعله : وأخرناه .

(2) بالنسخة : بجميع .

(3) بالنسخة : نقص .

(4) بالنسخة : والفرق وان سان .

فلما بقي في خدمته فكأنه لم يعتِقه ، وليس شأنُ التدبير البينونة ، فلذلك لزم ، وظاهر **المدونة** : عدمِ الفرق ، وأنّ ذلك يثبت بإسلام العبد وإنْ لم يُبِنه في العتق ، فللعتق سببان : العتقُ والإسلام ، ولا يحكم على العبد بعدم البينونة . لأنه يقول : لو كانت البينونة لرجع في العتق ، وفي **الموازية** : عتقه باطل إلاّ بإسلام أحدهما ، فيصير حكما بين مُسلم[1] وذمي ، فيحكم فيه بأحكام الإسلام ، قال : ويلزم على تعليل صاحب **النّكت** المتقدم إذا كان المعتَقُ أمةً أو زوجة لاتنفعها البينونة ، لأنهما لا يلزم[2] حرية ، وهو خلاف المنقول ، وإنما العلة : إذا بان عنه فقد فعل موجِب العتق والطلاق ، وألزمه نفسه ، فالرجوع[3] فيه تظالم بينهم ، وقال اللخمي : بل ذلك كالهبة ، والبينونة قبض فيمنع الرجـوع ، وإذا أُعتق أحد الشريكين النصرانيين ، وأنفذ العتق ، ليس لشريكه التقويم عليه ، وله قيمةُ عيب العتق ، لأنه من التظالم ، قال المغيرة : إذا حلف النصراني بعتق غُلامه وطلاق امرأته ثمّ حنث فرفع الغلامُ أو المرأة ذلك الى السلطان ألزمه ذلك ، وكذلك أم الولد إذا مات عنها واسترعت حكم[4] المسلمين ، وعن القاضي إسماعيل : يُحَد إذا زنا حدّ البِكر . وكل ذلك ضعيف .

التاسع ، في **الكتاب** : إذا أقر الوارث أو شهد أنّ موروثه أعتق هذا في صحته أو مرضه ، والثلث يحمله ، وأنكر ذلك بقيةُ الورثةِ ، رُدت شهادته وإقراره ، ولا يقوَّم عليه ، لأنه لم يعتق ، ورق العبد ، ويستحب للمِقر بيعُ حصته ، فيجعل ثمنه في رقبته يعتقها . ويكون ولاؤها لأبيها ، ولا يجبر على ذلك ، وما لا يبلغ رقبة[5] في رقبة ، فإن لم يجد ففي أخذ نجوم كتابة ، فإن ترك الميت عمَد آخر وطلب الورثة القسمةَ . فوقع المُقَرُّ به للمقِرّ عُتق بالقضاء ، وإنْ اختلف اثنان فقال

---

(1) (مسلم) سقطت من النسخة .

(2) بالنسخة : يلز .

(3) بالنسخة : بالرجوع .

(4) كذا ولعلها : حكام .

(5) بياض بالنسخة بقدر كلمة .

أحدهما : أعتَق أي هذا ، وقال الآخر : بل هذا ، قسمت العبيد فيمَن وقع في سهمه ، مَن أقر به عُتق عليه ما حَمَل الثلث منه ، وإنْ لم يقع له ، أخرج مقدار نصف ذلك العبد إنْ حمله ثلث الميت فيُجعل في رقبة ، أو يُعِين به في رقبة ، ولا يؤمر ها هنا بالبيع لانقسام العبيد ، وما لا تنقسم فالكالعبد الواحد كما تقدم ، وفي **النكت** : حيث أمر بالبيع في حصته ، ثمّ اشتراهُ بعد ذلك ، عتق عليه ، والفرق بين الملك ثانياً وبين إقراره أولاً : أنّ[1] الإرث جره إليه والمشتري منحان[2] للمالك ، قال ابن يونس : إذا أقر أحدُ الورثة أو شَهد فردٌ لك ، فكل وارث مالك[3] نصابه ، فيتورع عن خدمته ، ولو قال : أجزتُ عتق نصابي عتق ، ولا يقوَّم عليه ، قاله ابن القاسم ، ورد الشهادة للتهمة في جرّ الولاء ، وإنْ ملك الوارث الشاهد ، أو المقِرُّ العبد يوماً عتق عليه إنْ حَمَلَه الثلث ، رَجَع عن شهادته أم لا ، إذا كان عتق الميت في مرضه ، ولو قال في صحته ، لم يجز له ملك شيء منه أبداً ، ولو أعتقه في مرضه ومعه وصايا فقُدم عليها . والثلث يحمله فقط ، فإنه مَتَى مَا مَلَك منه شيئاً عتق عليه ملكه كله أو بعضه ، وإنْ كانت تلك الوصايا تقدم عليه عُتق عليه ، أي[4] أملكه بما كان يحصل له من العتق في تبدية غيره أو مساواته له ، وكذلك إذا لم يملكه ، وإنما صار له منه دنانيرُ أو دراهمُ أو عَرَض . وإنْ شهد الوارثُ أنّ الميت أوصى بعتق بقية المعتَق بعضُه عُتق نصيب الشاهد فقط ، لأنه لم يدخل فساد على الورثةِ ، لأن بعضه حُر ، ويحلف الباقون على علمهم ، وإنْ كان مع الوارث مَن لا يرث الولاءَ والعبد ممن يرغب في وَلائِه ، بطلت الشهادة ، وإنْ كان بعضه حُراً ، ومَتَى ملكه عتق عليه ، ولا يقوَّم عليه بقيته ، وما عتق بهذا الوجه فولاؤه للميت ، ولمن يرثه عنه ، وإذا كان وارث واحد هو الشاهد بالعتق ، أو وارثان لم يرثه غيرُهما عتق جميعُ العبد ، كان الشاهد عدلاً أم لا ، وإنْ كان غيرَ مولًّى عليه ، والذي قال في

(1) بالنسخة : لأن .

(2) كذا .

(3) بالنسخة : ملك .

(4) كذا .

المدونة فيه : يجعل ما صار له في رقبة من غير إجبار ، قال في العتبية : يعتق عليه ، لأنه مقِرٌّ بحريته ، قال : ونقل الثلث المتقدم مشكل ، قال : ولا أعلم في أصولنا عبداً يجوز ملكه وبيعُه ، فإذا اشْتَراهُ عتق عليه على مذهب **المدونة** ، إذا اشترَى بعضَه ، إلا أنْ يشتريه كله ، مما لا يعتق عليه بالميراث ، إلاّ أنْ يملكه كله ، والسبب : دخول الضرر على بقية الشركة ، قال مالك : وإذا ترك عبدَيْن قيمتُهما سواء ، لم يترك غيرهما ، وترك ولدين ، تنازعا أيهما عُتق ، واقتسما ، ووقع لكل واحد الذي يشهد به ، عتق منه ثلثُه ، مثل أنْ يكون فيه كل عبد ثلاثين ، وثلاث للميت عشرون ، وهو ثلث العبد ، لأن صاحبه لو صدقه كان الذي يعتق منه ، وقال البرقي : إنْ لم يحمِلاَ القسمةَ تقاومَاهما ، وإنْ صار لكل واحد العبد الذي لم يقرَّ به ، أمر بإخراج ثلث قيمة الذي صار له ، فجعله في رقَبة بغير قضاء ، أو العبد الذي أقر له عتق عليه ثلثاه بالقضاء ، لأن قيمتهما سواء ، قال ابن القاسم : إذا ترك أبنات وثلاثةَ أعبُد فقال : أعتق أبي هذا ، ثمّ قال : بل هذا ثُمَّ[1] قال : بل هذا ، وقيمتهم سواء ، عتق عليه الثلاثة[2] لوجود الإقرار في الجميع ، وإنْ اختلفت قيمتُهم عُتق من كل واحد ثلث الميت ، وهو ثلث قيمتهم ، ومن الثاني ثلث قيمة الإثنين ، وثلث ما بقي من الأول ، ومن الثالث ثلثه ، وثلث ما رق من صاحبه ، إنْ رق شيء ، قال ابن يونس : إنْ استوت القيمةُ ولم يترك غيرهم ، عتق الأول ، لأنه ثلث الميت ، وثلث الثاني ، لا ثلث ما بقي ، وأربعة أتساع الثالث ، لأنه أيضاً ثلث ما بقي ، قال اللخمي : قرار بعض الورثةِ لا يقبل ، كان من العبد[3] الذي ينقض عتقه قيمة ما بقي[4] أم لا ، وفي إقرار الوارث ثلاثة أقوال : يرق نصيبه ، ويبطل إقراره ، ويجوز ، ويعتق نصيبه ولا يقوّم . والثالث : يعتق ويقوم عليه نصيب شركائه ، لأنه يتهم أنْ يكون العتقُ منه ، وينسب ذلك للميت ، وهل

---

(1) بالنسخة : (ش) قال .
(2) بالنسخة : الثلاث .
(3) بالنسخة : العبيد .
(4) بالنسخة : ما يعي .

بطلان العتق والإقرار لأنه يدخل عيباً على الورثةِ أو لأنه يؤدي إلى عتقٍ مِن غير استكمال ، فاعتبر في **المدونة** حتى[1] الشركاء ، وَلذلك أجازه إذا كانا عبْدين فاقتسماها ، وعلى هذا إذا لم ينقص أو دفع النقص يجوز وإنْ كره الشركاء ، وكذلك إنْ رضي الشركاء بالعبد ، وإذا شهد أحد الورثة وهو عدل ، فللعبد تحليف الكبار الرُّشَّد ، قال محمد : إلاّ أنْ يكون فيهم صغير أو سفيه ، لأنهم أقروا حينئذ ، لم يعتق ، وعلى قوله : لو حلف أَحَدُ الكبار لم يحلف الباقين[2] ، لأنهم لو اقروا لم يعتق ، فإن نَكَل حلف الثاني ، فإن حلف لم يحلف الثالث ، وعلى القول بعتقه يحلف كلهم ، فمن اقر عتق نصيبُه ، وإنْ نَكَل سُجن حتى يحلف ، وإنْ شَهِد اثنان من الورثة ولم يعدً لاَ لم يعتق على ما في **المدونة** ، وعلى الآخر ، يعتق انصباؤهما ، وإنْ كانا غيرَ عدلين ، والولاء يثبتُ لجميعهم : المقِرّ والمنكِر ، وللمنكِر خاصة قضي بعتقه ، أو للمقر خاصة كالإخوة للأب ، والإخوة ، أو رجال ونساء ، والعبد يُرغَب في ولائِه جازت الشهادة ، وإنْ كان يرغب في ولاء[3] ، ردها في **المدونة** وأجازها في **الموازية** .

تنبيه : وافقنا الأئِمة على عدم نفوذ عتق الصبي والمجنون والمحجور ، وقال ابن حنبل : يصح عتق الصبي[4] وطلاقُه ، وقال (ح) : لا يصح لعدم تمام ملكه ، بدليل إباحة أخذه منه ، ووافقنا (ش) أنّ عتق المريض المديون يرد بالديْن ، ويُباع فيه ، قال (ح): يصح ومتعا[5] العبد في قيمته ، فيمر[2] في الدين ، لأنه عتق في ملكه فيصح كالصحيح ، **وجوابه** : الفرق بأن الصحيح ذمته باقية فأمكن الجمع[6] بين الغرماء والعتق ، بخلاف المريض ، مع أنا نمنع الحكم على أصلنا ، ومتى تقدم

---

(1) كذا ولعلها : حق .

(2) كذا .

(3) كذا .

(4) بالنسخة : الحربي .

(5) كذا .

(6) بالنسخة : الجميع .

الديْن أبطلنا فيهما .

الركن الثاني ، العتيق : **وفي الجواهر** : هو كل إنسان مملوك لم يتعلق برقبته حق لازم ، ولا وثيقة ، على الخلاف والتفصيل في عتق الرهن .

وفي الركن ستة فروع :

الأول : ما في **الكتاب** : إنْ أعتق ما في بطن أمتِه أو دبَّره وهي حامل يومئذ ، فما أتت به من ذلك إلى أقصى حمل النساء فهو حر [1] ولو كان لها زوج ولا يعلم أنّ فساداً يوم [4] يعتق [4] إلاَّ ما وضَعته لأقلَّ من ستة أشهر من يوم أعتق كالمواريث ، وإذا ولد من يرث لأقلَ من ستة أشهر لم يرث ، ولو كانت يوم العتق ظاهرة الحمل من زوج أو غيره عُتق ما أتت به ما بينها وبين أربع سنين لأنه أقصى ما يلحق به الولد ، قال غيره : إنْ كان الزوج مرسلاً عليها وليست بينة الحمل انتظرت إلى ستة أشهر ، وإنْ كان غائباً أو صبياً فما ولدته إلى أقصَى النساء فهو حر ، وقال أشهب : لا يسترق الولَد بالشك فلعلها كانت حاملاً يومَ العتق ، قال ابن يونس : قال ابن القاسم : إنْ عتق ما في بطْن أمته في صحته لاتباع وهي حامل إلاّ في قيام دَين استحْدثَه قبل عتقه أو بعدهُ إذا لم يكن له مال غيرها ، ويرق جنينها لأنه لا يجوز استثناؤه ، فإن قام الغرماء بعد الوضع والديْن بعد العتق ، عتق الولد من رأس المال ، وَلَدَتْه في مرض السيد أو بعد موته ، وتباع الأم وحدها في الديْن ، أو قبل العتق بِيع الولدُ للغُرَماء إنْ لم تَفِ الأم بالديْن ، وفي هذا الجنين عتق جنين الأمة إذا طرح لأنه لا يعتق إلاّ بعد الوضع ، ولو استَهل صارخاً ثمّ مات ، ففيه الديةُ بِاستهلالِه مع القَسامة ، قاله مالك ، وإنْ أوصى لك بجنين ومات الموصِي وأعتقها، وجَنَى عليه ، واستهل بعد الوضع ، ففيه عَقل حُر ، وكذلك الموهوب له ، قال ابن يونس : والصواب : مراعاةُ يوم الموت كما قاله مالك ، لأنه لو كان نصرانياً فاسلم ، ثمّ مات لوارث [2] الإسلام ووارثوه [1] إلاّ أنْ يكون الجرح أنْفذَ مَقاتِلَه .

---

(1) كلمات مطموسة لا تقرأ في الصورة .

(2) كذا .

الثاني ، في **الكتاب** : إذا أعتق حاملاً عتق جنينها ، وإنْ لم يذكره ، لأنه كعضو منها ، قال ربيعة : وإنْ استثناه كان حراً ، ولا ينفعه استثناؤه .

الثالث . في **الكتاب** : إذا وهبتَ الجنينَ أو أوصيت ، ثمّ وهبتَ أمة لآخر وأعتقها هو أو وارثه بعد موته عتق الجنين تبعا لقيمتها وسقطت القيمةُ وغيرها ، وإنْ وهبتَ عبداً أو أخدمتَه لرجل حياتَه ثمّ أعتقتَه قبل الحوز ، نفذ العتق وبطل سواه ، علم المعطَي بالهبة أم لا ، لأن هذه الأمور مشروطة ببقاء المِلك فتَبطُل لبُطلان شرطها ، كما لو مات ، في **النكت** : قال ابن القاسم : إذا تصدق بأمته على رجل ، وبجنينها على آخر ، فوضعت ، أخذ كل منهما ما وُهب له ، فإن أعتقها المتصدَّقُ عليه بها قبل الوضع عتقت هي وجنينُها ، وقال محمد : إنما يكون للمتصدَّق عليه بالأم حتى تَضعَ ويبطُلَ عتقُه ، واختاره محمد ، لأنه لا تصير[1] له الأم إلاّ بعد الوضع ، قال ابن القاسم : وكذلك إنّ أعتق صاحبُ الولَد الولَد فلا عتق له حتى تضعَ فتتم حريتُه ، قال ابن يونس : إذا تصدق بالرقبة على رجل وبالجنين على آخر فَفَلَس صاحبُ الرقبة بِيعت بما في بطنها ، أو صاحب الجنين لم يُبع حتى تضعَ ، وقال محمد : لا تباع في ديْن صاحب الرقبة حتى تَضَع لأنها يومئذ تتعين له ، كما لو استثنَى خدمتَها سنةً ، وليس كسيدها الأول ، ولو جَنَت فافتداها صاحب الرقبة لم يكن لصاحب الجنين شيء ، وإنْ أسلمها رقت مع جنينها ، كان قد اعتق الجنين صاحبه أم لا ، ولو أعتقها صاحبُها ثمّ جنت اتبعت بالأرش ، ومن أعتق جنين أمته ، وعَلَم غرماؤه بعتقه وقاموا : قال أبو عمران : تُباع لهم بما في بطنها لضُعف عتق الجنين ، لأنها تباع في الديْن المستحدث مع جنينها ، وإنْ بيعت في الديْن المستحدث بِجنينِها ، ثمّ رُدت بعَيبٍ وقد ولدت ، لا يباع الولد الآن لأنه الآن مستقبل[2] لا يبيعها وأولادها كعضو منها .

الرابع . في **الكتاب** : إذا أعتقه وله على السيد ديْن رَجَع عليه ، إلاّ أنْ يستثنيه

---

(1) بالنسخة : لأنه تصير .

(2) كذا .

السيد ، أو يستثني ماله ، لأن العبد يتبعه ما له في العتق ، قال ربيعه : عَلم السيد بمال العبد أم لا ، قال أبو الزناد : تنفعه بما له في العتق سُرية أولدها بإذن السيد أو لا ، وولدها منه رق للسيد ، وإنْ كان بعض العبد حراً ليس لمالك[1] بقيته انتزاعُ ماله ، ويوقف بيده ، وله بيع حصته ، ويحُل المبتاع في المال محلَّ البائع ، وإنْ مات فالمال للمتمسك بالرق خاصة ، لأنه لا يورث حتى تتم حريته ، وقال الأئِمة : إنْ أُعتق العبدُ فماله لسيده . لنا : ما رواه أحمدُ[2] وغيره : أن النبي ﷺ قال : (**مَن أعتَق عبداً وَلَه مال ، فالمالُ للعَبد إلاّ أنْ يَشتَرِطَهُ السيدُ**) خرجه صاحب **الإستذكار**، ورواه ابن وهب ، ولأنه قاله ابن عمر وعائشة رضي الله عنهما ، وقال : وقول الصحابي حجة ، ولأن المكاتب إذا كوتب تبعَه ماله ، وإنْ لم يشترطه ، والكتابة سبب العتق ، والعتق أولَى ، ولأنه يخرج من ملك لحاجة ، فمن المناسب أنْ يتبعه ماله سداً لخَلته . **احتجوا** بقول[3] النبي ﷺ : (**أيُّما رَجُل أعتقَ عَبده أو غُلاَمه ولم يُخبره بماله ، فمالُه لسَيده**) ولأن العبد ومالَه كانا للسيد فيستصحب ملكه ، **وعن الثالث** : الفرقُ بأنه في البيع خرج من غنى نفقةِ سيد إلى غنى نفقة سيد ، فلا حاجةَ للمال ، وفي العتق خرَج من غنى إلى فقْر ، قال ابن يونس : إذا كان العبد بينكما لا ينتزعان ماله إلاّ باجتماعكما ، ولا يجوز لأحدكما بَيعُ حصته إلاّ أنْ يشترط المبتاع مالَه ، كعبد بعضُه حر ، إلاّ أنْ يبيعه من شريكك ، قاله سحنون ، وإذا أذن أحدكما لشريكه في أخذ حصته من المال وأبقَى الآخرُ حصتَه جاز ، وإنْ باعه واستثنى المبتاع ماله بينكما نصفان[4] ، لا يحاص هذا بما زاد المالُ في ثمنه ، لأنه لا حصة له من الثمن ، قال اللخمي : اختلف قول ابن

---

(1) بالنسخة : ليس مالك .

(2) رواه أبو داود رقم : 3962 وابن ماجه رقم : 2529 ، والدارقطني في (السنن) رقم : 480 من طريق ابن وهب . عن عبدالله بن عمر ، وهو صحيح .

(3) رواه ابن ماجه رقم : 2530 . عن عبدالله بن مسعود . وضعفه البوصيري في زوائد سنن ابن ماجه (مصباح الزجاجة) .

(4) كذا .

القاسم في ديْن العبد ، ففي كتاب المكاتب : إذا كاتَب عبدَه على أنْ يسلفه ، أنّ ذلك ليس بسلف ، بل انتزاع وَوعد بالإعادة ، والمعتَقُ بعضُه إذا باع المالك حصته واستثنى نصف ماله : قال مالك لم يجزْ وُرد البيعُ ، إلاّ أنْ يسقط شرطه أو يرضى العبد به ، لأنه ماله أعطاهُ لسيدهِ ويفسد البيع ، ولو كان موقوفاً حتى يسئل عن الحكم لفسد البيع أيضاً ، وأما منافعه : فيخدم السيد يوماً ويوماً له ، أو على ما يتراضيان من عدد الأيام إلى خمسة أيام ، وأجاز ابن عبد الحكَم شهراً لِشهر ، وإنْ كان عبداً حازهُ ، اقتسما الأجرة بخلاف ما يكسبهُ من غير خراجه ، وللسيد أنْ يقول : يعمل لي يوماً بيوم أو أجرة في يوم في تلك الصنعة ، ويأخذ السيد نصف ما يحصله في منجز القِراض من ربح ، وإنْ تَجِر بمال لنفسه لم يأخذ لأن الأول منافعه ، والثاني من ماله ، وإنْ قال السيد : أجرك يومي فله ذلك ، فإن أحب السفرَ به فله ذلك في القَريب ، وإنْ كان بعيداً كتب القاضي كتباً[1] بشهوده من العمل الذي يذهب إليه إنْ خاف البيع أو الظلم هناك ، وإنْ كان سيده غيرَ مَأمُونٍ منع من الخروج به ، وقال أشهب : يخرج به وإنْ لم يكن مأمونا لأنه شريك معه في نفسه ، وليس لأحد الشريكين السفرُ بالعبد دون رِضَا الآخر لأنه ملكه لا يتصرف فيه إلاّ بإذنه ، وإذا سافر سيد العبد به ورجع لم يحاسبه بشيء ، وقال أصبغ : يرجع على سيده بأجرة مثله وحريته ، قالُ : وهذا أشبه ، إلاّ أنْ يكون ذلك لصنعة يعملها في الحاضرة ولا توفي إجارَة ، فلا يكون له أنْ يخرجَ به إلاّ انْ يغرم نصف الذي يحصله في حضرة ، ولا يتبع المعتق ولده لأنه عبد حر مثله ، قاله مالك في **الموطأ**[2] ، قال اللخمي : والمعتَق بعضه مالُه بيده فينفق منه ويكتسي ، لأنه شركة بينهما ، والنفقة والسكوت[3] مفصوصة[3] عليهما ، وإنْ لم يكن له مال انفق السيد النصفَ ، ونَظَر العبدُ لنفسه في النصف ، وكذلك الكسوة .

---

(1) بالنسخة : كتوباً .

(2) بالنسخة : قال مالك .

(3) كذا .

نظائر : قال العبدي : يتبع العبد في ماله في ثلاثة : العتق ، والكتابة ، والجناية ، ولا يتبعه في البيع إلاّ بشرط ، واختلف في الوصية ، والهبة ، والصدقة . وفي **النكت** : يتبع في العتق دون البت ، والصدقة ، والفرق – وإنْ كان الجميع معروفاً : أنه في الصدقة خرج من مالك إلى مالك فهو أشبه بالبيع من العتق .

الخامس . قال البصري في **تعليقه** : العتيق في دار الحرب يقع عتقه ، قاله مالك و(ش) ، وقال (ح) : لا يقع ، لأنه عرضة للسبي فأشبه الكافر ، **لنا** : أنّ العباس أعتق عبده بمكة فنفَّذ[1] رسولُ الله ﷺ عتقه في دار الحرب ، وأنّ حَكيم بن حِزام عتق رقيقه في الجاهلية ، فقال[2] له ﷺ : **(أسلمتَ عَلَى ما اَسْلَفتَ من الأجر)** ولأن النسبَ يثبُت في دار الحرب فيثبت الولاء ، ولأنه إعتاق من مسلم فينفذ كدار الإسلام ، وأما القياس على الكافر : فلا يصح ، لأنه لو أعتق في دار الإسلام لم يثبت له الولاء .

السادس : في **الكتاب** إنْ أجره أو أخدمه سنة فأعتقه قبل السنة لم يعتق حتى تمضي السنة ، لتعلق حق الغير ، وإنْ مات السيد قبل السنة لم تنقص إجارتُه وخدمته لِصحة التصرف فيها حالةَ الحياة ، ويعتق بعد السنة من رأس المال إلاّ أنْ يترك مستحق الإجارة أو الخدمة حقَّه فيجعل العتق ، قال اللخميُ : إذا استدان قبل حوزها أُخذها الغريم لأنها شرع بعد الديْن كالعتق ، وإذا كان الديْنُ قبل العتق وهو يستغرق قيمةَ العبد رد العتق وبيع الغريم ، أو لاَ يستغرق وفي قيمة الخدمة كفاية الديْن ، بيعت به وَمَضَى العتق إلى أَجَله ، وإنْ كانت لا توفي وإنْ بيعت الرقبةُ كان فيها فضلٌ لم يبع، وإنْ وفي ثلاثة أرباع الخدمة وربع الرقبة وجل[3] : وكان ثلاثة أرباع الرقبة عقيقاً[3] عند الأجل .

---

(1) لم أقف عليه .

(2) البخاري في الزكاة ، باب من تصدق في الشرك ثم أسلم . ومسلم في الإيمان . باب حكم عمل الكافراذا أسلم بعده ، عن حكيم بن حزام .

(3) كذا . والمراد : اجل . . . لعلها : عتيقا .

الركن الثالث : الصيغة : وفي **الجواهر** : صريحها : التحرير ، والإعتاقُ ، وفك الرقبة . والكناية : اذهب واعزبْ[1] ، ونحو ذلك فلا تعمل إلاَّ بِنِيَّة العتقُ ، وألحق ابنُ القاسم بذلك : اسقِني المَاء ، وادخُل الدار ، ونحوه إذا نَوَى العتق ، ولو قال حال المساومة : هذا عبد جيّد حر لم يلزمه شيء لصرف القرينة إلى لمدح ، قال صاحب **القَبَس** : إذا قال لِعبدهُ : هذا أبي ، هو كناية إنْ أراد به العتق عتق وقال **(ش)** : لا يعتق وإنْ نَوَى ، لأنها نية بغير لفظ ، وقال **(ح)** : يعتق وإنْ كان العبد أكبرَ منه سنّاً . **لنا** : قوله[2] ﷺ : **(الأعْمالُ بِالنِّيَّاتِ)** .

قاعدة : الصريح في كل باب : ما دل على الشيء بالوضع اللغوي[3] أو الشرعي كما جاء ، ﴿**فتحرير رقبة**﴾ في الكتاب العزيز ، وفي السنة : **(مَن أعتق شِركاً له في عبد)**[4] العتق ، والكناية : هي كل لفظ صح استعمالُه في ذلك المعنى مجازاً ، نحو : اذهب ، فيحتمل الذهاب عن الملك وهو عتق من البيت وليس عتقاً ، وهذان القسمان وافقنا فيهما الأئِمة من حيثُ الجُملة ، وخالفنا **(ش)** فيما لا يصح استعمالُه البتة ، وعندنا بعيد[5] أنه وضع هذا اللفظ الآن ، وهو يمنع أنْ[6] أجعل مثل هذا من المكلف سببَ العتق ، ونحن نَقيسُه على الوضع الأصلي ، وجعل **(ش)** : أنت ، كناية ، ونحن نقول : كلُّ ما كان صَرِيحاً في باب ، لا ينصرف إلى باب آخر بالنية ، وقاله **(ح)** ، ولم يثبت العتق . **لنا** : أَنّ الصريح في باب ، نقلُه

---

(1) بالنسخة : اعرف .

(2) رواه البخاري في بدء الوحي ، والإيمان ، والعتق ، والطلاق ، والنكاح ، والأيمان والنذور، والحيل . ومسلم في الإمارة ، والترمذي في فضائل الجهاد ، والنسائي في الطهارة من عمر ابن الخطاب . وهو مشهور مستفيض ، وتمامه : وانما لكل امرىء ما نوى ، فمن كانت هجرته إلى الله ورسوله فهجرته إلى الله ورسوله ، ومن كانت هجرته إلى دنيا يصيبها أو امرأة يتزوجها فهجرته إلى ما هاجر إليه .

(3) بالنسخة : واللغوي .

(4) تقدم تخريجه اول الباب .

(5) بالنسخة : يعيد .

(6) كذا .

إلى باب آخر نسخٌ بالكلية ، بخلاف الكناية ، لأنه أحدُ محتمليها ، والنقل الخاص نحو : اسقني ، لأنه ليس إبطالاً بسبب شرعي ، وهم نقلوا عنا العتق به ، لأنه إزالة لمطلق القيد ، ومنه : لفظ مطلق ، ووجه طلق ، وحلال مطلق ، والملك أحد أنواع القيد ، فيزول فيعتق ، وقاله صاحب **الجلاب** وغيره منا فهو مستثنى من القاعدة في صرف الطلاقِ للعتاق كما تقدم ، ووافقنا (ش) وابن حنبل في : لا سلطان[1] لي عليك ، وفي : أنت لله ، إذا نوى به العتق ، لأنه يقبله مجازاً ، ومنع (ح) لأن الأول يقتضي عنده : لا خدمة لي عليك ، ولو صرح بذلك لم يعتق .

والثاني ، لو قاله لامرأته لم تطلق ، **والجواب** : منع الحكم في الجميع ، ووافقنا (ح) في : وهبت منك نفسك ، وقال (ش) : إنْ قبل يعتق وإلاّ فلا ، لأنه إيجاب[2] لا بد فيه من القَبول ، **لنا** : أنه لفظ يقبل استعماله فيه مجازاً فيصح كسائر الكنايات ، لأنه إذا ملكه نفَسه[3]فقد عتق ، والتعبير[4] باللازم عن الملزوم مجاز عربي .

وفي الركن : سبعة وعشرون فرعاً :

الأول ، في **الكتاب** : تعليق العتق بخلاف تعليق التدبير فلا حنث في العتق عليها إلاّ أنّ يجعل حقيقة بعد موت فلان أو خدمة العبد إلى أجل ، فكما قال ، واليمين بالعتق يجب الوفاء به بخلاف الوصية به فيجوز الرجوع فيها ترغيباً في القربات عند الممات ، وإذا حنث في يمين عتق بالقضاء ، وفي النذر يؤمر من غير قضاء ، لأن النذر قربَةٌ تفتقر إلى النية والحبر[5] منعها ، وإنْ قال : إنْ ملكتكَ أو اشتريتُك فأنت حُر ، فإن اشتراه[6] أو بعضه عتق عليه جميعُه ، ويقوَّم عليه نصيبُ شريكه ، لأنه مدخل للعيب

(1) بالنسخة : اسلطان .
(2) بالنسخة : اجاب .
(3) بالنسخة : بنفسه .
(4) بالنسخة : والتغيير .
(5) كذا .
(6) بالنسخة : كاشتراه .

على شريكه بتعليقه ، وإنْ[1] اشتراه شراء فاسداً عتق عليه ولزمتْه قيمتُه ورد الثمن كمن باع عبداً بثَوب فأعتقه ، ثمّ استحق الثوب ، فعليه قيمةُ العبد ، وإنْ قال : إنْ بعتُك فأنت حر ، فاشتراه عتق على البائع ، لأنه مرتهن بيمينه ، وقد صار عتيقاً بنفس الموت ، وهذا[2] الوصية ونفس البيع ، قال في **النكت** : العتق قد لا ين[2] فيه فحنث بعد الموت ، وتارة يكون معلقاً على موت ، وإنْ حنث[2] بعد الموت ، هو مثل التدبير ، ولكن التدبير لا يكون إلاّ بعد الموت ، فلما نشأ به[2] أشار إلى الفرق ، وفرق آخر : أنّ المدبر لا يباع في الحياة في الديْن ، والمعلق عتقُه يباع ، لأنه قادر على المر[2] ، والتدبير أقوى لعجزهِ عن حله : وهذا يقدّم إذا ضاق الثلث بعد الموت ، وقوله : إذا أعتقه ، ثمّ استحق الثوب عليه قيمة قبل ، قيل : إنما رجع بقيمة العبد إذا كان دافعُ الثوب قد تقدمت له فيه شهبة مِلك ، وأما إنْ تعدى على ثوب رجل فباعَه بعد فينتقض عتق العبد ويأخذ عبده ، ووجه تشبيهه : التعليق على البيع بالموت أنه بالموت ، فيصير للوارث ، ولم يمنع ذلك العتق ، كذلك البيع يصير للمشتري فلا يمنع ذلك العتق ، قال سحنون : ومال العبد ها هنا للبائع ، لأن العتق ورد بعد تقريره له بالبيع ، قال عبد الحق : وإنْ استثنى المشتري ماله بيد العبد ، لأن شراء المشتري قد انتقض بالعتق ، والبائع لم يبقه لنفسه ، فإن قال : إنْ بعتُ هذا الشيء فهو صدقة ، فباعه لم ينقض البيع ، بخلاف العتق ، لأن الصدقة لا يُجبر على إخراجها ، وإنْ كانت على معيّن أو على المساكين لأنها يمين ، بخلاف العتق فإنه يقضى به ، قال ابن يونس : قال ابن القاسم : من قال : لله عليَّ عتق رقيقي هؤلاء ، فليف ، وإنْ شاء حبسهم ولا يجبر على عتقهم ، لأنها عِدةٌ جَعَلَها لله[3] تعالى ، وإنما يعتقهم الإمام الذي حلف له بعتقهم ، وأمَّا التدبيرُ والوعد فيؤمر بهما من غير جبر ، وقال أشهب في : لله علي عتق رقيقي ، يؤمر ، فإن لم يفعل قضي عليه ، وإنْ قال : أنا أفعل ، ترك وذاك ، فإن مات قبل أنْ يفعل لم يعتقوا في ثلث ولا غيره ، قال أبو

(1) بالنسخة : ولأن .
(2) كذا .
(3) بالنسخة : الله .

اسحق مكانه عنده ، أوجب على نفسه الفعل ، كما أوجب هبةً لمعيَّن ، فإنه يجبر على إنفاذها ، ولا يكون الإيجاب عند ابن القاسم إلاّ بأن يعتق ، وأما : لله عليَّ ، فعِدة لا إيجاب وهو يقول : لله عليّ أنْ أصوم غداً ، يجب عليه صيامه ، ولا يقضى به عليه ، قال مالك : ومن قال لعبده : لأعتقنك إنْ قدمتُ من سفري ، فهو وعد ، وأري أنْ تعتق ، لما نهي[1] عنه من إخلاف الوعد ، قال محمد : ولا يقضى عليه ، قال سحنون : إنْ قال : إنْ بعتُك فأنت حر ، فباعه بالخيار ، لا يحنث حتى يقطع الخيار ويتم البيع ، وقال عبد العزيز بن أبي سلمة : إنْ قال : إنْ بعتُك فأنت حر ، فباعه ، لا يعتق ، لأنه في ملك الغير إنْ تحقق الشرط وإلاّ لم يعتق لعدم تحقق الشرط ، ويؤكد قول مالك الوصية ، فإن له الرجوع فيها ما دام حياً ، ولا يعتق عليه إلاّ بعد زوال ملكه بالموت ، ولأن عقد العتق تقدم عقد البيع فيقدم أثره عليه ، ولأن السبب قد ينقطع عنه أثره لمانع ، كما إذا قال : إنْ ملكتُه فهو صدقة ، أوإنْ تزوجتُها فهي طالق ، فإن العصمة والملك بنتفيان لما تقدم التزامه ، فإن باع نصفهُ ولم يستثن المشتري الآن مالَه ، فنصف مال العبد قد انتزعه البائع ببيعه إياه ، كما يكون انتزاعاً لجميعه إذا باع جميعه ، والنصف الثاني باق في ملك العبد ، فإذا عتق عليه النصف الذي لم يبعه بحكم تَبع العبد نصف المال الذي بقي على ملكه ، لأنه لم يطرأ عليه انتزاع ، قاله أبو عمران ، قال سحنون : إنْ قال: ان انتزعتُ شيئاً من مالك فأنت حر ، فباعه من عبدٍ مأذون له في التجارة ، فإن العبد الأعلا حوز الأسفل ، وجميع مال العبد الأعلا للسيد ، لأن الحنث إنّما وقَع بعد البيع ، ومال العبد إذا بيع للبائع ، ولو لحق البائع دين لاتنقَض بيعُه إذا لم يجاب[2] ، لأنه إذا رد بِيعَ للمغرماء ، فالبيع لابد منه ، ولأنّا إنما نَقَضنا بيعه لحُرمة العتق ، وإذا بَطَل العتق مضى البيع ، قال ابن القاسم : إذا حلف بحرية عبده لأَ بَاعَه فباعه ومَلَكَ الثمن ، رد البيع وعتق ، ويتبع المبتاع بالثمن ، لأنه عتق

(1) في أحاديث منها حديث : آية المنافق ثلاث . . . وإذا وعد أخلف . . رواه البخاري في الإيمان ، وفي الشهادات ، وفي الوصايا ، وفي الأدب . ومسلم في الإيمان . عن أبي هريرة .

(2) كذا .

وعنده وفاء الثمن ، وإنْ كانت أَمَة فاولدها المبتاع عتقت على البائع ، ورد الثمن على المشتري ، ويقاصُّه فيه بقيمَةِ الولَد ، قال محمد : لا ثَمَن على المبتاع فيها ، لأن البائع حنث فيها حين حملت فصارت حرة بما في بطنها من يوم استَقَرت النُّطفةُ ، وكذلك من اشترى جارية فحملت واستُحقت فأعتقها سيدُها حاملاً لا قيمةَ له في ولدها ، وإنْ قال لعبده : إنْ بِعتُك فأنت حرٌّ بعد البيع بسنة ، فباعه ، قال محمد : رُد بيعه وعتق عليه إلى سنة ، وإنْ كان البيعُ والحرية وقعَا معاً : فالعتق أولاً ، وقيل : لاَ يلزمه العتقُ ، قال محمد : ولو كانت أمةً فوطئها المشتري وحملت قبل رد البيع ، ولا قيمةَ عليه للولد ، وتعتق على سيدها إلى سنة ، كما لو باعه معتقه إلى سنة فأولدها المبتاع ، قال محمد : وإنْ قال : غلامي حر إنْ بعتُه ، وغلامك حر إنْ اشتريته ، فباع غلامَه بغلامك ، عُتقا عليه ، وعليه قيمة غلامك ، وإنْ بعتُ عبدي ميموناً فهو حر ، ثمَّ حَلَف بحرية آخر ليبيعَن ميموناً ، فباع ميموناً ، عُتق عليه وبريء الآخر ، كمن حلف ليبيعنَّ فُلانا الحر فَبَاعَه رد بيعه وعتق عليه وسائر رقيقه ، لأنه ها هنا حلف على البيع النافذ ، قال ابن القاسم : إنْ قال : عبدي حرٌّ إنْ بعتُه ، وحلف آخر أن امرأته طالق ليشترينَّه ، فباعه منه . حنث البائع والمشتري إنْ كان المشتري عالماً بيمين البائع إذا لم يتمَّ البيع ، وهو مخالف لما تقدم ، وعلى ما تقدم لا يحنث المشتري لأنه قد اشتراه الشراء الذي يرجعه إلى حرية ، وإنْ لم يعلَم باليمين حنث إتفاقاً ، وإنْ حَلَف بحريته إن باعه ، فَبَاعه بيعاً فاسداً حنث ، وهو أحوط ، لأن الضمان فيه من المشتري ، وفي بيع الخيار : الضمان من البائع ، قال اللخمي : اختلف في تعليل : إنْ بعتُك فأنت حر ، قال محمد : وقع البيع والعتق معاً ، فقدم العتق ، قاله محمد ، وقاله القاضي إسماعيل : بل معناه : فأنت حر قبل البيع ، وقال سحنون بالإيجاب قَبل القَبول ، وهل[1] يفتقر عتقه إلى حكم لأنه موضع خلاف ؟ قولان ، والإفتقار اجيز بقوة الخلاف .

الثاني . في **الكتاب** : كل مملوك لي حر ، تعليقاً أو تنجيزاً يعني به القِن ، والمكاتب ، والمدبر ، وأم الولد ، وكل شِقص في مملوك ، ويقوَّم عليه بقيمته إنْ

---

(1) بالنسخة : وهو .

كان ملياً ، وأولاد عبيده من إمائِهم ، ولد[1] بعد يمينه أو قبل ، وأما عبيد عبيده وأمهات أولادهم فلا يعتقون ، لأنهم ملكهم دونه ، ويكونون لهم تبعاً . في **التنبيهات** : يلزم من هذا أن الإناث يدخُلن في لفظ المماليك ، وهو أحد قولي سحنون ، وعنه يختص بالذكور ، لأنه يقال : مملوك ومملوكة ، قال ابن يونس : قال محمد : إنما يعتق مَا وُلد لعبيده بعد اليمين في يمينه : لأفعلنَّ ، لا في يميخت: لاَ فعلتُ ، وإليه رجع ابن القاسم ، لأنه في يمينه : لأفعلنَّ ، على حنث حتى يبَرَّ ، فإذا فَاته البِر ولزمه العتق ، لزمه ما ولد من إمائه بعد اليمين ، لأن الأمهات مرتهنات باليمين ، لا يستطيع بيعهن ولا وطئهن ، كن حواملَ يوم اليمين أو بعده . وأما : لا فعلتُ فهو على بِر ، فإن كن حواملَ يومَ اليمين دخل الوَلَد ، وأما بعده فقولان ، وقوله : كل شرك في عبد ، قالَ ابن القاسم : معناه : له في كل عبد شرك ، أما عَبيد بينه وبين رجل فيقتسمون ، فما كان للحالف يُعتق عليه ، قال ابن يونس : وهذا إنما يجري على قول ابن المواز ، وهو خلاف **الكتاب** ، وقيل : إنما يجري على قول أشهب في أرض بيد رجلين[2] يبيع أحدهما طائفة بعينها منها فإنها تقسم ، فإن وقع المبيع في حظ البائع مَضَى البيعُ ولا نقضَ ، ومنع ابن القاسم ، قال ابن القاسم ها هنا : لا يعتق عبيد عبيده ، وفي كتاب الأَيمان : حلف : لاَ يركب دابةَ فلان فركب دابة عَبده ، يحنث فقيل : اختلاف ، وقيل : الفرق : أنّ الأَيْمان راعي[3] فيها المنت[1] ، وهي في دابة المحلوف عليه ، ولا فرق بين : كل مملوك حر ، ومما يكى[4] أحرار ، فيختلف في اندراج الإناث ، ويندَرِجْن في قوله : رقيقاً ، اتفاقاً . وفي : عبيدي ، لا يُعتق إلا الذكور ، وإنْ كان له إمَاء حَوامِل عُتق ما أتَين به من غلام لأقلَّ من ستة أشهر من يوم قوله ، إذا لم يكُن ظاهراً والزوج مرسَل عليها ، وإلاَّ عتق ما أَتين به لخمس سنين ، قال اللخمي :

---

(1) كذا .

(2) بالنسخة : هذا الرجلين .

(3) كذا .

(4) كذا .

الصواب : اندراج الإناث في عبيدي لوجهين : **أحدهما** : قوله[1] تعالى : ﴿**وَمَا رَبُّكَ بِظَلَّامٍ لِلْعَبِيدِ**﴾[2] فاندرج الإناث ، **وثانيهما** : أنه من جمع التكسير ، وهو يشمل الفريقيْن ، ولم يوجب مالك اندراجَ عبد العبد ها هنا بخلافِ إذا حلف : ما يملك عبد أو لجاريته عبد أنه يحنث ، لأن مقصود الحلف في هذا عدم القدرة على التصرف في عبد .

الثالث . في **الكتاب** : قال لِعبدِ غَيره : أنتَ حر من مالي ، لم يعتق عليه، وإنْ أجاب سيده للبيع ، لأنه لم يعلق ، والتخيير إنما يقع في المملوك ، أو لأمة غيره : إنْ وطئتِك فأنتِ حرة ، فاشتراها ووطئها ، لم تعتق عليه إلاّ أنْ يريد : إنْ اشتريتُكِ فوطئتكِ ، قال ابن يونس : قال عبد الملك : إنْ قال : غلام[3] فلان حر ، فقال فلان : هو لك بمائة دينارٍ ، أو بقيمته ، لم يلزمه ، أو : هو حر في مالي بقيمته ، فرضي بذلك صاحبه ، عتق عليه بالقيمة ، كبيع فاسدٍ فات بالعتق ، قال ابن القاسم : وإنْ قال : هو حر في مالي بخمسين ، فقال سيده : رضيت . عتق ، ولا خيار للمبتاع ، كمن اشترى عبداً بإيجاب[4] العتق ، مثل : إنْ وطئتك فأنت حرة ، قوله للحرة : إنْ وطئتكِ فأنت طالق ، لا يلزمه شيء إلاّ أنْ يريدَ : إنْ تزوجتُك ، وقال أشهب : قوله محمول على الشراء والتزويج وإن لم يَذكره ، لا على الوطْء الحرام ، لأنه خلاف ظاهر المسلم ، وفي **المدونة** : إنْ ضربتُها فهي حرة في الأمة ، أو طالق في الحرة ، لا شيء عليه إنْ اشترى أو تزوج فَضَرب ، إلاّ أنْ يكون في خِطبة أو سوم ، فإنه ظاهر في التعليق على الشراء أو التزويج ، قال محمد : إذا رد بالعيب فحلفت بعتقه : ما به عيب ، لا شيء عليك ، لأنه في ملك غيرك .

الرابع . في **الكتاب** : كل مملوك أو جارية أو عبد اشتريتُه فهو حر ، في غير يمين ، أو يمين حَنَث فيها ، لا شيء عليه فيما يشتريه ، أو كان عنده يوم الحلف ،

---

(1) بياض .
(2) (46 – فصلت) .
(3) بالنسخة : علم .
(4) بالنسخة : بإيجاب .

إلاّ أنْ يعين أو يحبس جنساً أو بلداً ، كقوله : من الحبس ، أو مصراً ، أو والي ثلاثين سنة كالطلاق ، وفي **التنبيهات** : إنْ خلص يمينه للإستقبال بحَرف استئناف كقولك : أملك ، فيما يستقبل ، أو غداً أو وأبداً ، أو اكتسبه ، أو أستفِيده[1] أو اشتريته ، أو يدخل في ملكي ، فلا يتناول المستقبل ، واختلف في : أملكه ، لاشتراكه في الحال والإستقبال ، هل يختص بالإستقبال أم لا ؟ قال : والعموم أشبه بِأصولهم ، واختلف جوابه في **الكتاب** ، فمرةً سَوَّى بينه وبين : اشتريتُه ، ولم يلزمه فيما يملكه في الحال ، ومثلُه قوله فيما إذا قال: إنْ كلمتُ فلاناً ، فكُل عبد من الصَّقَالِبَةِ[2] حرٌّ ، لم يلزمه مملوكاً في الحال ، وخالفه في قوله : إنْ دخلتُ الدار فكل مملوك أملكه حر ، لا يحنث إلاّ فيما يَملكه يومَ الحلف ، فقيل : خلاف ، قاله سحنون ، وفي **الموازية** : هو وفاق ، وأنّ مسألة الصَّقَالِبة : لم يكن عنده يومَ حَلف صقلبي ، أو أنه نَوى خصُوص الإستقبال ، و**(ش)** وغيرُه يخالفنا في إسقاط اليمين إذا عمّم . **لنا** : أنه من الحرج فينفَى[3] ، لقوله تعالى : **﴿وَمَا جَعَلَ عَلَيْكُمْ فِي الدِّينِ مِنْ حَرَجٍ﴾**[4] ومن الضرر فينفَى[3]، لقوله[5] ﷺ ، **(لا ضَرَرَ ولا ضِرَار)** **احتجوا** : بأنه لو قال : عليَّ لله عشرون حِجة ، لزمه ذلك مع بُعد الدار وهي أشَدُّ حَرَجاً مِن عدم خدمة الرقيق وترك الزواج للمشتري ، قال ابن يونس : قال ابن القاسم : إنْ قال : إنْ كلمت فلاناً أبدًا فكل مملوك أملكه من الصقالبة حر ، فكلمه عتق عليه فيما ملكه منهم ، وفيما يملكه يومَ يمينه إذا لم تكن له نية ، فإن اشتراهُ بعدَ يمينه وقبل حنثه عتق إذا حنث إلاّ إنْ ينوي ما يملكه بعد الحنث إنْ

---

(1) بالنسخة : أو استبيد .

(2) هم جيل من الناس كانت مساكنهم إلى الشمال من بلاد البُلغار ، وانتشروا الآن في كثير من شرقي اوربا ، وهم المسَّمون الآن بالسُّلاَف . (المعجم الوسيط) مادة (صقل) .

(3) بالنسخة : فيبقى .

(4) (الحج : 78) .

(5) رواه ابن ماجه رقم : 2340 وأحمد في (**المسند** 5/326-327) والطبراني في الكبير والدارقطني في السنن وغيرهم عن عدد من الصحابة ، ومن طرق كثيرة صح بها ولله الحمد. انظرها في : (**ارواء الغليل** 3/408) .

جاء مستفتياً ولم تقم بينة ، قال محمد : إنْ قال : إنْ كلمتُه فكل مملوكٍ أملكه من الصقالبة أبداً حرٌّ ، لزمه في المستقبل دون ما يملكه يومَ الحلف ، لقوله : أبداً ، وإنْ اشتراهُ له عبده ، عتق عليه ، لأنه اشتراه بأمره ، ولا يدين[1] في هذا إلاّ أنْ يكون له نية ، وإنْ أمره بشراء عبد ولم يقل : صَقلابياً ، فاشترى صقلابياً عالما بيمينه ، فله رد شرائه . كما إذا اشتري له من يُعتق عليه ، وكذلك إذا حلف بالطلاق من قَوم فزوجه منهم : قال ابن القاسم : وإنْ قبله من واهب للثواب عتق عليه حين قَبوله سَمَّى ثواباً أم لا ، لأن هبة الثواب بَيع ، ويلزمه ما سمَّى من الثواب ، فإن لم يسَمّ فعليه قيمتُه ، أو لغير الثواب ، أو تصدق به عليه ، أو أوصى له به ، أو ورثهُ لم يعتق عليه ، إلاّ أنْ يريد بالشراء الملك ، وإنما يلزمه في ثلاثين سنة إذا أمكن أنْ يَحيَا لذلك الأجل ، ولا يلزمه ما مَلَك قبل ذلك ، وإذا وردت[2] بعضه عبد : قال ابن القاسم : لا يقومُّ عليه نصيبُ أصحابه ، لأنه ملك قَهري ، وقال أشهب : يقوَّم عليه لأنه بالحلف عتق عليه ، واتفق على التقويم إذا اشترى ، فإن اشترى مُكاتباً ، أو ورث أخاه وهو مكاتب ، لم يعتق ، انه إنما مَلَك مالاً ، قاله ابن القاسم ، ثمّ رجع في الآخر ، وقال سحنون : إذا اشترى كتابة حنث إنْ عجز المكاتب قبل مضي الأجل ، أو بعد الأجل لم يعتق ، وفي **العتبية** : يعتق ، لأن أصل شرائه في السنة ، وهذا كله خلاف المدونة ، قال اللخمي : جعل كل عبد أو كل جارية في المدونة تعميماً ، وقال عبْدُ الملك : كله صنف واحد ، فإن قال : كل أمة ، ثمّ قال : كل عبد ، لزمه الأول دون الثاني لأنه خلى لنفسه، ومالك يقول : لا لسَدٍّ أحدِهما مَسَد الآخَر ، بخلاف الثيب والأبكار في الطلاق ، والعادة شاهدة بذلك ، وإنّ عمم في التسري فقال ، كل جارية اشتريها[3] : ففي **الموازية** : تلزمه لأنه أبقى الزوج ، وقال سحنون : لا يلزمه ، وعلى الأول ، لا يمتنع ملكهن للخدمة .

---

(1) كذا .

(2) كذا .

(3) كذا ولعلها : اتسراها .

الخامس . في الكتاب : إنْ دخلتُ هذه الدار ابداً فكلُّ مملوك أملكه حرٌّ ، فَدَخَلها لم يلزمه العتق إلاّ في ما مَلَكَ يومَ حَلَف ، وإنْ لم يكن له يومئذ مملوك فلا شيءَ عليه ، مَلَكه قبل الحنث أم لا ، اشهب : إنْ دخلتُ هذه الدارَ فكل مملوكٍ أملكه أبداً حر ، فدخلها لم يقضَ عليه فيما يملكه الآن ، لأن قرينة الأبَد ، تحاصله[1] للإستقبال ، كما لو قال : كل مملوك أملكه ابداً حرٌّ ، وكل امرأة أتزوجها ابداً طالق .

السادس . في الكتاب : إذا باع العبد أو باعه عليه الإمام في فَلس ، ثمّ كلمه المحلوف عليه ، ثم ابتاع العبدَ لم يحنث بذلك الكلام[2] بل بكلام بعد شرائه لعدَم مصادفة الأول محلا يقبل العتق ، وإنْ ورثه لم يحنث مطلقاً ، لأنه ملك قَهري ، وقال غيره : شراؤه بعد بيع الحاكم كالميراث ، لارتفاع التهمة في البيع قهراً ، وإنْ قبله بهبة أو صدقة فكالشراء ، وإن كاتبه ثمّ كلَّمه عتق عليه ، لأن الكتابة لا تمنع ، فإن كاتَبَه مع غيره كتابة واحدة لم يعتق إلاّ برضا صاحبه ، كما لو ابتدأ عتقه، وإنْ اشتراه من تركة موروثه وهو قدر ميراثه فأقل أو أكثر عُتق عليه كله ، لتحقق الشراء الإختياري ، وإنْ حلف بعتق شقص[3] له فاشترى باقيَـهُ ثمّ حنث ، عتق عليه ولو حنث قبل الشراء عتق شِقصه ، وقُوّم عليه باقيه مع المال ، وعتق عليه ، وإنْ باع شقصه من غير شريكه ، ثمّ اشترى شقص شريكه ، ثمّ فعل ذلك ، لم يحْنث ، وهو كعبد آخر ، قال عبد الحق ، قال ابن بُكَير : إذا باع عبده المحلوف بطلاقها ثلاثاً بجامع زوال المِلك[4] ، والفرق : أنّ الطلاق المحلوف به وقع في الزوجة مثلُه ، ولم يقع مثل الحرية المحلوف بها في العبد ، ولو أعتقه المشتري والعبد نصراني فذهب لأرض الحرب، ثمّ ملك سيده لم تعد اليمين لعقد التهمة ، فهذا شبه المسألة ، لا ما قاله ابن بُكير ، بل بيع العبد يتكرر ، فهو كطلاق المرأة واحدة

(1) كذا بالنسخة ، ولعلها : تخلصه .

(2) يظهر من سياق الكلام أنه سقط من شيء فتأمل .

(3) بالنسخة : شخص .

(4) كذا وفي الكلام سقط .

أو اثنتين ، فإن الطلاق يمكن عودهُ وتعود اليمين ، قال محمد : إذا حلف بشقص عبده ، ثمّ اشترى بقيتَه فحنث عُتق عليه شِقصه بالحنث ، ولا يعتق عليه الشقص الآخر بالحكم ، لأنه من باب من أعتق شركاً له في عبد ، قال محمد : وإنما يصح قولُ ابن القاسم بعدم الحنث إذا باع شقصه ثم اشترى شَريكه إذ باع من غير الشريك ، وأما إذا اشترى نصيبَ شريكه ، قبل بيع نصيبه ، ثمّ باع نصيبَه من غيره ثمّ حَنث ، عُتق عليه ما بيده ، وقُوم عليه باقيه ، لأن الذي باع بعد ملك جميعه مشاعاً لا يتميز ، كما كان أولاً ، وعن ابن القاسم : إذا باع نصيبه من شريكه بدنانير ، ثمّ اشترى نصيب شريكه أو بَادَلَه نصيبَه بنصيبه ، حنث ، وعن أصبغ : إذا باع شقصه بشقص شريكه ثمّ حنث ، فلا يلزمه عتق ، قال ابن يونس : قال بعض كبار أصحاب مالك : إنّ شراءه بعد بيع السلطان كميراثه ، وابن القاسم يَرَى أنه قد يُخفي مالَه ويُظهر العُدم ليباع عليه ، ثمّ يرتجعه ، قال محمد : ولو باعه الإمام عليه بعد الحنث ، ثمّ اشتراهُ ، زالت عنه اليمين ، وقاله مالك وأصحابه إلاّ أشهب ، لأنها قضية ترد العتق ، وقال أشهب : قبل وبعد يزيل اليمين لرفع التهمة ، ونقض ذلك بقوله : المولى عليه البالغ حنث[1] لم يعتق عبده ، ثمّ يرد ذلك بوصية فيبقى بيده حتى يرشد ، أنه يسترقه ، ولو كان إنما فيه عَقد يمين ، فإن يمينه تلزمه ، يريد : إنْ اشتراه بعد أنْ باعه عليه وليه ، قال أبو عمران : إذا قال : إنْ اشتريتُه فهو حر ، فجَنَى على الحالف فأُسلم إليه فذلك كالميراث ، قيل[2] له : فإنه يقدر على ترك الجناية[3] ولا يأخذه ، قال : وكذلك يقدر على ترك الميراث، وقال : إذا زوج أمته فباعها الإمام في فلَسه قبل دخول الزوج : فعَن ابن القاسم : نصف الصداق للبائع ، بخلاف بيعه هو بنفسه ، وعنه : لا شيء عليه ، وإنْ حَلَف بحرية عبده : إنْ كلم فلاناً فَحَنَث[4] فرد غرماؤه عتقَه ،

(1) كذا ولعله : أن حنث .

(2) بالنسخة : قمل .

(3) بالنسخة : الخفاية .

(4) بالنسخة : يحنث .

وبِيع عليه ، ثمّ ابتَاعه بعد ذلك ، أو تُصُدق به عليه : قال ابن القاسم : تعود عليه اليمين ويحنث إنْ كلمهُ بخلاف الرجوع بميراث ، قال : وهو مشكل ، لأن الحنث لا يتكرر ، وقد حنث أولاً. الحق أنه لا يعود إلاّ أنْ يريد أنّ الغرماءَ ردوا عتقه وباعوه من غير رفع لحاكم ، والفرق : أنّ بيع الغرماء يحتمل أنه أخفى ماله ، والحاكم يكشف عن ذلك ويحَلّفه بعد الكشف ، ولا ينقض حكمَه بخلاف الغرماء[1] زفي الف[2] . وقال ابن القاسم : إنْ حلف بحرية[3] فباعه ، ثمّ حنث فرد بيعه ، عتق ، لأنه نقض للبيع ، بخلاف لو اشتراهُ ، ولو دفع قيمة العبد لم يَحنث ، وكذلك لو قال له : اذهب فبعْه فما نقص من ثمنه فعليَّ ، وإنْ حلفتْ بحرية جاريتِها إنْ تزوجت فلاناً فباعتها وتزوجت ، ثمّ اشترتْها ، حنثت ، واستثقل مالك شراءها ، قال ابن القاسم : لا بأس به عندي ، قال محمد : إنما استثقله قبل البناء ، أما بعده فلا ، قال : ووجه الحنث وإنْ كان الزواج مما لا يتكرر : أنه كره مقارنة تلك[4] الزوجة ، والمقارنة تتكرر ، قال محمد : إنْ ذهب المحلوف بحريته لولَده الصغير الذي في ولايته ، أو وهبه لامرأته لا ينفعه ذلك ، للقدرة على الرد ، وعن ابن القاسم : تنفعه الصدقة المحوزة عنه ، بخلاف أنْ يُبينها[5] بنفسه أو يجعل من يحوزها ، وعن ابن القاسم : إنْ حَلَف بحريته إنْ باعه ، فتصدَّق به على ابنه في حجره فبَاعَه له في مصالحه ، يعتق عليه ، ويغرم القيمةَ لإبنه ، قال اللخمي : إذا اشْتراهُ وهو ممن يتهم بمواطأةِ المشتري عادت اليمين ، وإنْ كان من أهل الدين ، أو تداولتْه الأملاك لم تعد .

السابع . في **الكتاب** : إنْ كلمتُ فلاناً ، أو يومَ أكلمُه فكلُّ مملوكٍ لي حر ، ثمّ كلَّمه ، عتق عليه ما عنده من عبيده يومَ حلف ، دون ما يشتريه بعدَ يمينه ،

---

(1) كذا .

(2) بياض بقدر كُليمة .

(3) كذا ولعله : بحرية عبده فباعه .

(4) بالنسخة : ذلك .

(5) بالنسخى : أنّ يبيها . بدون نقط .

لأنه إنما اُلتزم ما هُوَّ مِلك له يومَ الحلف ، فإن لم يكن عنده يومَ حَلَف عبد : فلا شيء عليه ، وكذلك الطلاق والصدقة .

الثامن . في **الكتاب** : إنْ فعلتُ ولا فعلت[1] علي بر ، لا يحنث إلاّ بالفعل ، ولا يمنع من بيع ولا وطْءٍ ، وإنْ مات لم يلزمه ولا ورثتَه شيء . وإنْ لم أفعل ، ولأفعلن على حنث ، يمنع من البيع والوطء دون الخدمة ، وإنْ مات قبل الفعل عتق الرقيق في الثلث ، لأنه حِنث وقع بعد الموت ، لأن الحنث لما كان بالفعل دل على تقدم البِر، وحصول البِر بالفعل يدل على تقدم الحنث ، فهذا من الفرق بين الصنيع[2] ، قال ابن يونس : قال ابن كِنانة : لا يطأ إنْ كان مما يمكن الحنث فيه حالة الحياة ، كضرب العبد ولم يضرب أجلاً لإحتمال موْته[3] حالة الحياة ، بخلاف : لا يسافرن ، فإنه لا يحنث إلاّ بالموت ، فله الوطْءِ ، لأنها كالمدبرة لا تعتق إلاّ بالموت، وسؤال[4] صمع ، وخالف ابن كنانة ، قال ابن القاسم : وما وُلد للأمة دخل في اليمين ، وإنْ ضَرَب أجلاً فله الوطءِ ، لأنه عَلَى بر ، وله وطْب إماث الأم وأم البنت، ولا يتبع واحدة منهما ، وإنْ حَنث بعد الأجل عتقت وابنتها ، وإنْ مات قبل الأجل لم يحنث بالموت ، لأنه علي رب الأجل ، وإنْ فَلَس قبل الفعل بيعت في الديْن، تقدم يمينُه أم لا ، بخلاف المدبرة لقدرته على البِر ويرتفع العتق ، وعجزه عن رفع التدبير ، قال ابن القاسم : والحالف : إنْ فعلت ، له البيع والوطء ، فإن حنث وعنده الأم عتقت ، واختلف قولُ مالك فيما ولدها بعد اليمين هل يدخل أم لا ؟ وَرجح ابنُ القاسم الدخول ، ولم يعب القول الآخر ، ورجع إلى عدم الدخول ، وإنّ حلف بحريته : لاَ عَفَا عن فلان ، لم ينفعه بيعُه ثمّ يعفو ، لانَّ معنى يمينه : لا عاقبته ، قاله أشهب .

التاسع . في **الكتاب** : إنْ لم تفعلي كذا فأنتِ حرة ، أو طالق ، وإنْ لم

---

(1) كذا .

(2) كذا ولعلها : الصنيعين .

(3) بالنسخة : موئة .

(4) كذا وكتب الناسخ على الكلمة : ه وهي علامة التوقف عنده .

يَفعل فلان ، فعبدي حرٌّ أو امرأتي طالق ، منع البيع والوطء ولا يضرب لامرأته أجل الإيلاء بل يتلوم له بقدر[1] ما يرى أنه أراه من الأجل في تأخير ما حلف عليه ، ويوقف لذلك المرأة والأمةُ والأجنبي ، فإن لم يفعلوا عتق عليه وطلق ، إلاّ أنْ يريد إكراه الأمة على ما يجوز له من دخول دار أو غيره ، فله اكراهها وبر ، ولو مات في التلوم مات على حنثه ، وعتقت الأمة في الثلث ، وترثه الزوجة ، وقال أشهب : لا يعتق بموته في التلوم ، كموته في أجَل ضَرَبه لنفسه ، ويضرب له أجل الإيلاء في : لَيفعَلَن ، ويتوارثان قبل البِر ، لأنه لا يطلق[2] ميت ، ولا يوصي ميت بطلاق .

العاشر . **في الكتاب** : الحالف بعتقه : ليضربنّه ضرباً يباح له البِر ، والاعتق عليه مكانَه ، لأن الإمتناع الشرعي كالمنع الحسي ، وليضربنّه مائة سوط ، لا يبيعه حتى ينظر : أيبيعه أم لا ؟ وفي ألف سوط يعجل عتقَه ويمنع في الضرب المباح حتى يفعل ، لأنه على حنث . وإنْ باع نقض البيع ، وإنْ لم يضربه حتى مات عتق من ثلثه ، لأن تأخير البر إلى الموت يدل على إرادته العتق بعد الموت ، والعتق بعد الموت من الثلث ، ولأن عتق المريض في الثلث ، وهو قبل الموت ، فأولَى هذا ، ولشبهه بالتدبير ، قال ابن دينار : ينقض البيع ، ويضيق عليه ، ولا تنقض صفقةُ مسلم إلاّ لِعتق ناجز ، وإن حلف بعتقها : ليفعلَن إلى أجَل ، ليفعلنه[3] إلَى أجَل ، منع من البيع دون الوطْء ، ويرد البيع وإنْ رضيت به ، لأن العتق حق لله تعالى ، وعن مالك : يمنع من الوطء كالبيع ، لزلزلة الملك بالحلف ، فإذا انقضى الأجل ولم يقع المحلوف عليه عتقت ، إلاّ أنْ يكون عليه ديْن فهو كالمديان إذا عتق ، وإنْ مات في الأجل لم يعتق بموته ، لأنه على بِر ، قال ابن يونس : يصدق في أنه اراد إكراه الأمة ، وقوله: عتق مكانَه ، قال سحنون : يقضي الإمام ، قال ابن

---

(1) بالنسخة : بقدم .

(2) العبارة بالنسخة هنا هكذا : لأنه قبل البر لأنه لا يطلق . . .

(3) كذا .

القابسي : إنما يمكن في الضرب الجائز إذا كان قد أجْرم ، وأما بغَير جناية فلا ، لأن أذِيّتَه حَرام مطلقًا إلاّ بسبب ، وقال ابو عِمران : يمكَّن من يسير الضرب ، قال : وهو ظاهر **الكتاب** ، قال عبد الملك : ليضربنه مائة سوط ، فقد أساء ويترك ، وأباه ، وأكثر من ذلك مما فيه نقد ، تعجل عتقه ، فإن فَعَل قبل ذلك لم يعتق ، إلاّ أنْ يلحقه أمر فظِيع قد أشرَف منه على الهلاك ، فتعين عليه ، وقال أصبغ : المائة تعدٍّ ، ويعجل عتقه ، قال ابن القاسم : وليضربنَّه ثلاثمائة سوط ، فَفَعل فأنهكه ، لا يعتق عليه إلى أنْ يبلغ منه مثلةً شديدة ، مثل ذهاب لحم ، وتآكله حتى يبقى[1] جلد على عظم فيعتقه ، مثل قطع عضو ، وإنْ حلف على ضرب يجوز ، فضرَب بعد أنْ كاتبهُ بر ، وعن مالك : لا يبَر ، ويمضي على كتابتها ، ويوقف ما يؤدي ، فإن عتقت بالأداء ، ثمّ فيها[2] بالحنث ، وأخذت ما أدت ، وإنْ عَجزت ضَرَبَها إنْ شاء ، قال ابن الكاتب : كيف يرد ما أخَذَ والعبد إنَّما عُتق الآن؟ وخراج العبد لاَ يُرد ، ولأنه يعتق في الثلث إنْ تأخر البِر ، يدل على أنه قبل ذلك رقيق ، ولأن المستحَق[3] من يده لا يرد الخَراج ، فهذا أولى ، **وجوابه** : أنّ المكاتب مشروط له أنْ لا ينتزع ماله ، والمستحق وغيره[4] لم يحز ماله ، فإن مات السيد ولم يؤد الكتابة وبينه[5] محملها عتقت عليه ، ويسقط عنها باقي[6] الكتابة ، وكان ما وقف رداً عليها ، وإن كان عليه دَيْن محيط بماله مَضَت على الكتابة ، وللغرماء النجوم ، فإن ردت عتقت ، وإنْ عجزت فهي وما أخذ منهما في الديْن ، قال عبدُ المَلك : وإنْ حلف بحُرية أَمَتِه لَيضربنَّها مائةَ سوط فَحَمَلَت ، لا يضربها وهي حامل ، ويمنعه السلطان ، ويعتقها عليه ، فإن ضَرَبَها قبل أنْ تَضَعَ ، بَرَّ في

---

(1) كذا ، ولعله : لا يبقى .

(2) كذا .

(3) بالنسخة : ولا المستحق .

(4) بالنسخة : وغير لم يحوز ماله .

(5) كذا .

(6) بالنسخة : باق .

يمينه ، وإنْ حَلَف ليضربنَّها فَبَاعَها قبل الضرب ، ثمّ ضَرَبها ، قال أشهب : بَرَ ، وإنْ نَقَصها ضربُها غَرم النقصان ، وإنْ حملت من المبتاع لم يبَرّ[1] بضَربها ، ويلزمه العتق لفَواتها بالحمل ، ويرجع[2] المشتري بالثمن ، ولا يحاسب بقيمة الولَد ، قاله مالك ، فإن لم يصَدقه المشتري ولا شهِدت بينة فهي له أم ولد ، وينتظر البائع بالثمن تصديقَ المبتاع ، فإن أفلَس جَعَل ثمنها في رقبة يَعتقها ، قال ابن القاسم : حملها فوت ، وهي أم ولد للمبتاع ، صدقهُ في يمينه أوقامت به بينة ولا تعتق ، وهي كالمدبرة تباع فتفوت بالحمل ، وهذا إنْ لم توقت لفِعله أجَلا ، وإنْ لم تحمل فلا يبَر بضربها عند المبتاع حتى يرد فيضربها في ملكه بخلاف قَضاء الديْن ، وهي عند المبيتاع ، وكذلك إنْ ضَرب أجلاً فقضاه قبلَ الأجلِ وهي عند المبتاع[3] لبَر ، قاله عبد المَلِك ، قال أصبغ : إنْ ضَرَب لَضَربها أجلاً فباعَهَا قبلَه فأولدها المشتري عُتقت على البائع بغير قيمة ولَدها ، فإن لم يضرب أجَلاً : قال أشهب : كما تقدم ، وقيل : إنها كالمدبرة تحمل[4] من مشتريها فتمضى أمَّ ولَد ، فيتحصل من الخلاف أنه إنْ بَاعها قبل الضرب : قيل : يُنقض البيع ويضربها ، وقيل : ينقض وتعتق عليه ، وإنْ لم يُنقض البيع حتى ضَرَبها عند المبتاع : ففي البِر قولان ، وإنْ كاتَبها قبل الضرب : قيل : يَبَر بضربها في الكتابة ، وقيل : حتى يضربها بعد العجز . وإنْ أحبلها قيل : يبَر بضربها حاملاً ، وعلى قول أشهب : لا يبَر في الكتابة ، ويعجَّل عليه عتقُها ، وقد احبلها المبتاع ، لأنه يضربها ويعتق إنْ صدق المبتاع في يمينه ، أوقامت بينتِه ، ورد إلى هذا ثمنه ، وقيل : بل ذلك فوت وتكون لِهَذا أمَّ ولـد . قال اللخمي : إنما جاز الضرب اليسير لأن العبد لا يخلو من التقصير ، وإنْ جنى أجاز له الضرب بقدر جنايته وزيادة يسيرة ، ويمنع من الزيادة الكثيرة ، وإنْ لم يجْن

---

(1) بالنسخة : لم يبن .

(2) بالنسخة : يرجع بدون واو .

(3) بالنسخة : وهي المبتاع .

(4) بالنسخة : كالمدبر يحمل .

ويمينه يفور[1] ملكه لم يُمَكَّن من ضربه وإنَ قَلَّ ، وإنْ [2] مكن من اليسير ، وإنْ ضرب أَجَلاً وقال بعده : ضربتُه ، صُدق السيد مع يمينه ، لأن الأصل : بَقاب ملكه ، قاله مالِك ، وليس عليه إحضار شهود في هذا ، وكذلك إنْ حلف[3] الزوج ليَضربَن المرأةَ فإن مَات السيد قبل أنْ يذكر أنه ضربها[4] ، لأن الأصل : عدم الضرب . وترث المرأة زوجَها ، قال محمد : لا يعجبني قوله : من الثلث ، لأنه ضَرَب أجَلاً ، فإن مات قبله لم يكن عليه شيء ، أو عتق من رأس المال ، إلى أنْ يمرض قبل انقضائه .

الحادي عشر . في **الكتاب** : إنْ أعتق إلى أجَل لا بد منه ، منع من البيع والوطْء، وينتفع بغير ذلك ، لأن الوطْء إلى أجَل معلومٍ يشبه نكاحَ المُتعة ، كالشهر ، وموتِ فلان ، أو إذا حضت ، ولا يلحقه ديْن ، وإنْ مات السيد عتق من رأس المال بعد خدمة الورثة بَقيَّةَ الأَجَل ، وإنْ قال : إنْ حَملتِ فأنتَ حرة ، فله وطؤُها كلَّ طهر مرةً ، قال يحيى بن سعيد وغيره : لا يَطأُ التي وَهَب خدمتها إلى أجَل ، قال ابن يونس : قال محمد : إنْ أعتق أم ولده إلى أجَل ، تعجل عتقَها ، لأنه لم يبق فيها غير الوطْء وقد حرم ، قال مالك في أمته : إنْ قال : هي حرة بعد سبعين سنة : إنْ رأى الإمام بيعَها[5] معجلاً فَعَل ، قال عبد المَلِك : إنْ كان أجلاً يتجاوز عمرَها بِيعَت ، كأنه أعتقها بعد موته ، قال عبد الملك : هي كالمدبرة إذا كان الأجل لا يبلغه عمُرُه ولا عمرُها يعتق في الثلث ، وإنْ قال ذلك في الصحة ، فله وطؤها دون بيعها كالمدبَّرة ، وفي **العتبية** : عمل على هذه الدابة ، فإذا ماتت فأنت حر ، فماتت قبل السيد عَتَق من رأس المال ، وإنْ مات السيد قبل الدابة عَتَق من الثلث ، كالقائل : اخدم فلاناً ما عشتُ أنا ، فإن مات قبلي فأنت حرٌّ ، أو متُّ قبله فأنتَ حر إلى موته ، فَماتَ ، قيل : هو عتيق من الثلث ، قال أصبغ :

---

(1) كذا .

(2) كلمتان مطموستان بالصورة .

(3) بالنسخة : وكذلك حلف .

(4) بالنسخة : ضربه . . . عتق .

(5) بالنسخة : بيعهن . . . أو عتقهن .

ليس نظيره ، لأن ذلك استثناء قيّد بعضه ببعض ، فاعتبر ثنياه ، وهذا أعتق إلى أجَل ، ولا فرق بين موت إنسان أو دابة ، يعتق من رأس المال ، عاش السيد أو مات ، قال ابن القاسم : وللورثةِ بيعُ الدابة بموضع لايغاب عليها ، فإن قَتَل العبد الدابةَ خطأً تعجل عتقه ، أو عمداً أخدم إلى مقدار ما يرى أنه عُمُر الدابة ، وكذلك إن بِيعت وغيب عليها ، وإنْ قَتَلها أجنبي عمداً أو خطأ عتق ، قال سحنون : فإن حمَّلها الغلامُ فوقَ طاقتها فماتَتْ ، أو قتلها عمداً عتق مكانَه كأم الولَد تَقتُل سَيدها فيُعفَى عنها ، فإنها تعتق ، وليس على العبد قيمة الدابة على قول سحنون ، وعلى قول ابن القاسم في المدبر والمعتق إلى أجل يجني علَى سيده ، يختدمه في ذلك ، وإنْ قال : أنت حر قبل موتي بشهر ، قيل ، يوقف له خَراج شهر ، فكلما زاد عليه يوماً أطلق للسيد مثله ، فإن وافق الشهر مرضَه الذي مات فيه فهو من الثلث ، أو صحته فهو من رأس المال ، قال ابن القاسم : إنْ كان السيد ملياً أسلم إليه يختدمه ، فإن مات وحل الأجل وهو صحيح ، فمن رأس ماله ، ورجع بكراء خدمته ، أو مريض فمن ثلثه ، ويحلفه الدين[1] ، ولا رجوع له بخدمة الشهر ، قال ابن يونس : بخلاف من حَلف بحريته : ليفعلَن وإنْ لم يفعل إلى أجَل ، فله الوطْءُ لقُدرته على حَل بالفعل ، ففارق نكاحَ المتعة ، ويرد البيع حيث منع ، فلو لم يرد حتى مضى الأجل ولم يَفعل ما حلف عليه لم يرد البيع ، لأنه بِمُضِي الأجَل حَنث ، وليست في ملكه ، والرد إنما هو لما يتوقع من البِر والحنث ، وعن مالك : المنع من الوطء كالبيع ، ولو مات في الأجل لم يعتق ، لأنه على بِر .

الثاني عشر : في **الكتاب** : أحد[2] أحرار ، ولم يبين مُعَيَّناً ، خير فيهم ، بخلاف الطلاق ، وقد تقدم تقريره في الطلاق سؤالاً وجواباً ، وكذلك : واس[3] منهم في السبيل أو المساكين ، يخير فيهم ، وإنْ نوى معيّناً صُدق في نيته بغير

---

(1) كذا ولعلها : المدين .

(2) بياض بالنسخة بقدر كلمة يحتمل أنْ تكون : عَبيدي ، أو ، غلماني .

(3) بالنسخة : رأس . . . بني السبيل .

يمين ، ولو فَسَّر وهو مريض ، يعتق من رأس المال لتقدم التصرف في الصحة ، أيْ أنْ تكون قيمتُه أكثرَ من قيمة الآخر ، فالفضلُ من الثلث إنْ فسر في المرض ، لاختصاص هذا الأمْر بالمرض ، وقال غيره : بل من رأس المال نظراً لوقت التصرف ، قال ابن يونس : قال محمد : إنْ شهد عليه فأنكر قضي عليه ، فإن أبي أعتق عليه ، أدناهم ، لأن الأصل : بقاء ملكه ، وكذلك ورثته بعد موته ، فإن كان في الشهادة أنه اراد أحدَهما ونسيَه ، حكم بعتقهمَا معاً عليه وعلى ورثته ، إنْ قال ذلك في صحته ، وعن ابن القاسم : إنْ قال : أحدُهم حر ، وشهد عليه وهو ينكر، عتقوا عليه ، كالطلاق ، وإنْ قال : غلامي حرّ أو امرأتي ، خيّر فيهما ، وإنْ مرض ، فإن اختار العتق فمن الثلث ، أو الطلاق ورثْته امرأته ، وإذا قال : أحدكما حرٌّ : قال سحنون : يصدق مع يمينه نفياً للتهمة ، فإن نكل عُتقا عليه ، هذا بإقراره ، وهذا بنكوله ، وإنْ قال : لم أَنْوِ شيْئاً حَلَفَ على ذلك ، واختار أيهما شاء ، وإن قال : نويت ونَسيتُ عتقا عليه ، وإذا فسر في المرض وكانت الزيادة في الثلث، فهي مبدأة على الوصايا وعلى العتق والزكاة التي فرط فيها ، ويحتمل التبدئة على التدبير في الصحة ، لأنه أمر عقده في الصحة ، ويحتمل تقديم التدبير لوقوعه ، فَعَلَى التفسير في هذه الزيادة ، فإن لم يخيّر حتى مات : قال ابن القاسم : يختار ورثته ، لأنه حق مالي كان لموروثهم ، وعنه : يقرع بينهم كالعتق في المرض ، فإن كانوا ثلاثة عتق ثلث قيمتهم ، وعنه : يعتق أثلاثهم ، ويشرع العتق في جميعهم لعدم المرجح ، وعن مالك : يعتق ثلثهم بالسهم ، وإنْ كانوا أربعة فربُعهم ، قال محمد : يختار الورثة كقول ابن القاسم ، فإن اختلفوا فقول مالك ، وعن ابن القاسم : إنْ اختلفوا عتق الأدنى ، وإنْ قال في مرضه : أحدهما حرٌّ فمات ، عتق نصف قيمتها بالسهم إنْ حمله الثلث ، فإن استوت القيمة ، عتق من أخرجه السهم، أو أخرج السهم الكثير القيمة ، عُتق منه مبلغ نصف قيمتها ، أو السهم القليل عتق كله ، وعتق من الآخر تمام نصف قيمتها ، قاله مالك وأصحابه إلاّ المغيرة ، قال سحنون : وكذلك الحكم إنْ قال في مرضه : زيدٌ حُرٌّ ، وله عبدان ، إسمهما زيد ، ثمّ مات ، قال المغيرة : يعتق نصف كل واحد منهما إنْ حمله كذلك

الثلث ، وإلاّ فيقدم ما حمل ، قال عبد المَلك : إنْ قال عند موته : أحدكما حر ، عتق نصف قيمتهما بالسهم ، وإنْ قال : زيدٌ أو عَمرٌو : عُتق جميعُ أحدهما بالسهم ، كان أكثر من نصف قيمتهما أو أقل ، لأن هذين معرفتان[1] ، والأول نكرة ، وكذلك إن قال : أسهموا بين عَبيدي فالخارج ، اعتقوه ، وإنْ قال : إحدُكما حرٌّ فلم يختر حتى مات أحدُهما : عتق الباقي ، وكذلك إنْ لم يختَر الوارث حتى مات أحدُهما ، فالباقي حر من رأس المال ، فإن مات أحدُهما ثم قُتل الآخر عمداً ، قتل قاتله حراً كان أو عبداً ، وفي الخطأ ديتُه على عاقلة الحُر ، وإنْ قتل أحدُهما عتق الباقي ، وإنْ لم يختر حتى جنى أحدهما فله الإختيار ، فإن اختار الجاني فليس له ذلك إلاّ أنْ يحمل عند الجناية ، والآخر ، فله فداء الجاني وإسلامه ، فإن مات الجاني قبلَ الخيار فالثاني حُرٌّ بغير عتق مؤتَنَف ، ويُورَث الآخر مكانَه ، أو مات غير الجاني عتق الجاني واتبع بالجناية لنفوذ عتق معقود قبل الجناية ، كالمدبَّر يجني ثمّ يموت السيد ، والثلث يحملُه ، قال سحنون : اذا قال : أحدكما حُرٌّ ، فلم يختر حتى مات أحدُهما أو استُحق بحرية عُتق الآخر ، وعنه : إنْ مات أحدُهما أو مرض السيد ، وعليه في الصحة بينة بذلك ، يسأل وقال : أردتُّ الميت ، حَلَف ، وإلاَّ عتق الحي[2] ، أو أردت الحيّ عتق من رأس ماله بعد يمينه ، أو قال : لم أُردْ معيّناً ، عُتق الحي في رأس المال ، وإنْ أقر بهذا في مرضه أنه قاله في صحته ، فلا يعتق الحي في ثلث ولا غيره ، أو قاله في الصحة فلم يختر حتى قتلاَ جميعاً : فَعَلَى القاتل قيمة عبدٍ ودية حُرٌّ ، أو قتل واحد فَالْباقِي حُرٌّ ، أو قُطعت يد أحدهما ومات الآخر ففي اليَد دِية حُرٌّ ، لأن موت صاحبه صيره حراً[3] ولا تقطع يدُ الجاني وإنْ تعمد ، قال أشهب : إذا استُحق أحدهما بحرية أصلية ، لا شيء في الباقي ، قال محمد : ولو قال لعبده ملحد[4] أحدكما حر ، فلا

---

(1) بالنسخة : معروفتان .

(2) بالنسخة : للحي .

(3) بالنسخة : حر .

(4) كذا وعليها « علامة توقف .

شيء عليه أصدق[1] العبارة بذلك الحر في المسألتين . وفي **الموازية** : قال في صحته لمبارك وميمون : أحدُكما حر ، وقال لميمون وزيد : أحدُكما حُرٌّ ، فإن اختار عتق الذي وقع له القول مرتين ، وهو ميمون . رق الباقيان ، أو أختار رقه ، عتق الباقيان ، وإنْ مات ميمون قبلَ الإختيار يعتق الأول والثالث ، لأنه كان قريناً لكل واحد منهما ، وامتنع الخيار لموته ، وإنْ اختار مباركاً أو زيداً فلا بد من اختيار عتق الباقيين ، قال ابن القاسم : فإن مات قبل أنْ يختار ورثته لأنه من عتق الصحة ، وقيل : يقرع بينهم ، فإن خرج ميمون رق الباقيان أو أحدهما زيد أقرع بين الآخر وبين ميمون ، ومَن خرج أعتق ، والعتق في ذلك من رأس المال ، قال سحنون : إذا قال لمكاتبه وعبده : أحدُكما حر ، يسأل : مَن أراد بعد يمينه ؟ وقيل : لا خلف ، وإنْ قال : لم ارد معيناً عتق من شاء منهما ، وحلف ، فإن لم يسأل حتى وديت الكتابة وقال : أردت المكاتب رد عليه ما أخذ منه من يوم أعتقه ، وإنْ قال : لم أعتق ، عتق القِن كما إذا استُحق أحدهما بحرية أو موت ، قال سحنون : وإنْ قال في صحته لمدبره وعبده : احدُكما حر[2] ، سئل ، فإن أراد هذا ، حلف وصُدق ، وإنْ لم يعيّن اختاره ، وإنْ مات قبل أنْ يُسأل ، وحَمل المدبَّرَ الثلثُ ، عتقاً جميعاً ، هذا من الثلث فيما ترك سوى القِن ، والآخر من رأس المال ، كما إذا استُحق أحدهما بحرية ، فإن لم يحمله عُتق منه ما حَمَل ، وخُيِّر الورثة بين عتق باقي المدبر وعتق القن ، قال محمد : فإن قال ذلك عند موته أو في وصيته : أُسهم على نصف قيمتها ، فإن خرج المدبَّر عُتق ، وإنْ بقي من نصف قيمتها شيء ، جعل في الباقي إنْ حمله الثلث ، وإنْ خرج القِن بريء المدبَّر ، ثم عتق القِن إنْ حمله الثلث ، إلاّ أنْ تكون قيمته أكثرَ من نصف قيمتها فيعتق منه قدرُ نصف قيمتها في الثلث ، وإنْ كان المدبّر قدر الثلث عتق كلُّه ، وبطلت الوصية ، قال سحنون : وإنْ قال في صحته لأم ولده وأمته[3] يخيَّر ، وحلف كالمدبّرة والمكاتبة ، وإنْ مات عُتقتا من راس المال ،

---

(1) كذا وفي الكلام غموض .

(2) (حر) سقطت من النسخة .

(3) كذا وفي الكلام نقص .

كاستحقاق أحداهما بحُرية أو في مرضه ، ثمّ مات عتقت أم الولد من رأس المال : والامةُ من الثلث : أو ما حمله ، وإنْ قال : أقرعوا بينهما فمَن خرج فاعتِقوه ، أُقرع فإن خرجتْ أم الولد رُقت الأمة ، أو الأمة عتقت في الثلث ، وأم الولد من رأس المال ، وإنْ قاله لعبدين أحدُهما موصى بعتقه فيهما كالمدبَّر والقِن أحدُهما قِن ، والآخر موصىً به لرجل ما لم يمت في هذا ، فلورثته الخيار ، فإن اعتقوا الموصَى بعتقه فمن رأس المال ، وبطَلت الوصية ، أو الآخر عتق من رأس المال ، وبقيت الوصية ، وإنْ قاله في مرضه ، ثمّ مات ، نظر إلى نصف قيمتهما وأسهم بينهما ، فعتق مَن خرج في نصف قيمتهما إنْ حمله الثلث ، فإن اجتمعت مكاتبة ، ومدبرة ، وأم ولدٍ ، ومعتقة إلى أجَل ، وأمة ، وقاله في صحته ، خيُر فيهن ، ويحلف ، فإن مات عتقت أمُّ الولَد في رأس[1] ، ردت المكاتبة وحَل أجل المعتَقة ، فلتعتق الأمة من رأس المال ، كما لو[2] ، قال اللخمي في الطلاق والعتاق عند عدم النية ، ثلاثة أقوال : يخير فيما يعم الطلاق والعتاق ، يخير في العتق دون الطلاق[3] .

الثالث عشر . في **الكتاب** : إنْ دخلتِ هاتين الدارين فأنتِ حرة ، فدخلتْ إحداهما ، عتقت ، لأن جُزْء الشرط كجزء المحلوف عليه ، والحنث عندنا يقع بالجزء كما تقدم في الأيمان ، وإنْ قال لأَمتِيْه أو زوجتيْه : إنْ دخلتُما هذه الدار فأنتما حرتان ، أو طالقتان ، فدخلتْ واحدة منهما ، فلا شيء عليه حتى يدخلا جميعا ، قال اشهب : تُعتق الداخلة فقط ، قال ابن يونس : عن ابن القاسم : يحنث فيهما بدخول إحداهما لأنه حد المحلوف عليه ، قال : ووجه قوله الأول : أنه كره إجتماعهما فيها لوجه مَّا ، وعلى هذا وقعت يمينُه فلا يحنث بإحداهما ، لعدم الإجتماع ، ورأى اشهب : أنه حَلَف على كل واحد منهما فلم يتحقق الشرطُ لا في إحداهما ، كأنه قال : كل مَن دَخلَت فهي حرة .

---

(1) كذا .

(2) بياض .

(3) هنا نقص إذ لم يذكر القول الثالث .

الرابع عشر . في الكتاب : قال لعبده أو امرأته : إنْ كنت دخلت الدار فأنت حُرٌّ ، أو طالق ، فقالا : دخلنا ، أو إنْ دخلت ، فقال : دخلنا ، أو لم يقر ، أو لم يعلَم صدقَهما ، أو قال لعبده : إنْ كنتَ تُبغضني فأنتَ حر ، فقال: أنا أُحبك ، وإنْ كنت تحبني فقل : ابغضك ، أو سألهما عن خبَر ، وقال : إنْ كتمتَني ، أو إنْ لم تصدُقْني فقال[1] : صَدَقْتك ، وهو لم يَدرِ ، أُمر في ذلك كله بالعتق ، والطلاق ، وجميع ما يلتزمه من غير قضاء ، لأنه شاكٌّ في البر والحنث ، قال ابن يونس : إنْ صدقهما في الحنث لزمه بالقضاء ، وإنْ رَجَعت عن إقرارها .

الخامس عشر . في الكتاب : إنْ قال لأمته وامرأته : أدخلي[2] الدار ، يُريد : العتق ، أو الطلاق ، لزمه ، وإنْ أراد أنْ يقول : أنتِ طالق أو حرة فقال : أدخلي[3] الدار ، لم يلزمه شيء حتى ينويَه بذلك اللفظ قبلَ أن يتكلم به ، لأن الكلام النفساني لا بد معه من اللساني ، وإنْ قال لأمَته : أنت بَريّة ، أو خيّة ، أو باين ، أو بتّة ، أو كُلي ، أو اشربي ، يريد : الحرية ، عتقت ، وإنْ قال ، وكذلك في العتق للجارية : إذهبي ، وقال : اردتُّ العتقَ ، صُدق ، لأنه من كنايات العتق ، قال اللخمي : قال أشهب : إذا اراد بقوله : أدخلي الدار : العتق ، أو الطلاق ، لا يلزمها، وقد تقدم تقريره .

السادس عشر . في الكتاب : يَدُكَ حر ، عُتق عليه جميعه في القضاء والفتيا، واليومَ عتق أبداً ، لأن العتق لا ينقضي ولا يتوقف ، وحرٌّ في هذا اليوم من هذا العمل ، وقال : أردت عتقَه من العمل دون الرق ، صُدق مع يمينه ، واستَحسن عملَه فقال : ما أنتَ إلاّ حر ، ولم يرد : العتق ، لا يعتق في القضاء ولا في الفتيا للقرينة ، وإنْ مر عليه عاشر[3] فقال : هو حر ، ولم يرد : العتق ، فلا شيء عليه في القضاء ولا في الفتيا إنْ علم أنّ السيد أرادَ دفع الظلم . قال ابن يونس : قال

(1) بالنسخة : فقالت .

(2) بالنسخة : أدخل .

(3) العاشر : المتولي أخذ العشر كالمكس في الأسواق والأبواب .

سحنون : إنْ قيل له : عبدك يزعم أنه حرٌّ ، فقال : هو صادق ، فسأل العبدَ فقال: نعم أنا حر ، فقال السيد : ظننتُ أنه يقول : الحق ، فلا حرية له ، كمن رضي بشهادة رجل فلَه مناكرتُه ، قال ابن القاسم : إنْ سئل عن عبده فقال : ما له رب إلاّ الله ، أو قيل له : أَلك هُو ؟ فقال : ما هو لي ، فلا شيء عليه ، ويحلف ، قال : وإنْ شَتَم عبد حراً فشكاه لسيده فقال : هو حر مثلك ، فهو حرٌّ ، لأن المقصود التسوية في الحكم ، ولن يستويَ إلاّ بالحرية ، قال سحنون : وإنْ قال : تصدقتُ عليك بخرَاجك ، أو عَمَلك ، أوخدمتك ما عشتَ : أنه عتق مكانَه ، لأن هذه صفة الحر ، ولو قال : تصدقتُ عليكَ بخَراجك ، وأنت مَن بعدي حرٌّ ، فهو كأم الولَد ، ولو قال : تصدقتُ عليكَ بخراجك ، أو عَمَلك ، ولم يزد على هذا : عُتق مكانَه ، قاله ابن القاسم ، قال مالك : وإنْ قَالَ : تصدقتُ عليك بعتقك عُتق ، وإنْ وهبه نصفَه عُتق كله ، وولاؤه لسيده ، وكذلك إنْ أخدمته عوضاً ، قال اللخمي : ومعنى قوله فيما تقدم : يكون كأُم الولَد : أنْ يعتق من رأس المال ، وإذا قال : لَهُ مَعاش ، ونَوى : العتق ، لزمه ، لأن الإكراه لا يتعلق بالنية إنْ كان ذاكراً أنّ له أنْ لا ينويه ، وإنْ لم ينو عتقت على القول بأن الإكراه لا يكون إلاّ في المال .

السابع عشر . في الكتاب : قال لعبده : أنتَ حرٌّ ، أو لامرأته : أنتِ طالق ، وقال : نَويتُ الكذب ، لزمه ذلك ، وإنما يُنوّى في المحتمل ، كالعاشر ونحوه ، ولا سبيل لي عليك ، أو لا مِلك لي عليك ، عتق إلاّ أنْ يعلم أنه جواب لكلام قبلَه فيصدق ، وإنْ قال لأَمَته : هذه أختي ، أو لعبد : هذا أخي ، ولم يرد : الحرية ، فلا شيء عليه .

الثامن عشر . في الكتاب : أنتَ حرٌّ إنْ شئتَ . فذلك له ، وإنْ قاما من المجلس كالتمليك في المرأة ، إلاّ أنْ تُمكنَه الأَمَة من وطء أو مباشرة ، وتوقف ، ليختار العتق أو الترك ، ثمّ قال : لاَ أَرَى بعد المجلس شيئاً إلاّ أنْ يكون شيئاً فوضه إليها .

التاسع عشر : عبيدي أحرارٌ إلاّ فلانا ، ذلك له دون الإستثناء بمشيئة الله تعالى ، خلافاً لـ(ش) ، وتقدم في الأيمان تقريره ، وعبدي حرٌّ إنْ كلمتُ فلاناً ، إلاّ أنْ يبدُو

لِـي ، أو ، إلاّ أنْ أرى غَيرَ ذلك ، فذلك له ، بخلاف : إلاّ أنْ يشاء الله ، وقد تقدم إشكال كثِير وجوابه في كتاب الأيْمان متعلق بهذا ، قال اللخمي : أنتَ حر إلاّ أنْ يشاء أبي ، قيل : يعتق وإنْ كره أبوه ، وقيل : حتى يرضى ، لأن معناه : أنت حرٌّ إنْ يشأ أبي ، وإلاّ أنْ يبدُو لي ، إنْ بَدا لَه لم يلزمه شيء ، وَإلاّ لزمه، وإنْ قال : أنت حرٌّ إلاّ أنْ أرى غيرَ ذلك عتق ، لأن العتق لا يرتفع بعد وقوعه .

العشرون . في الكتاب : قلتَ : يَا نَاصِح ، فأجابك ميمون ، فقلتَ : أنتَ حر، تظن ناصحاً ، وقامتْ بذلك بينة ، عتقا جميعاً بالقضاء ، مرزوق[1] بالبينة ، وناصح بالإقرار ، ولا يعتق في الفتيا إلاّ ناصِح ، لأنه المقصود ، وقال أشهب : يعتق مرزوق[1] في القضاء والفتيا ، ولا عتق لِنَاصِح ، لأن الله تعالى حرمه ، قال ابن يونس : قال أصبغ : يعتقان جميعاً في القضاء والفتيا . كموقع الطلاق على إحدى امرأتيْه يَظنُّها الأخرى ، وقال ابنُ سَحنون : لا يعتق واحد منهما .

الحادي والعشرون . في الكتاب : عبد بينكما فقلت : إنْ دخلت البيت أمس فهو حرٌّ ، وقال الآخر : إنْ ، لم يكن دَخَلَ البيت أمس حُرُ[2] إنْ ادعيتمَا علم ذلك دينتما[3] أو ظننتما ، عتق بغير قضاء ، وقال غيرهُ : بالقضاء ، قال ابن يونس : يحلف كل واحد على[4] ، قال ابن القاسم : إذا شهد أحدُهما أنّ شريكه أعتق حصته فقال مرة : هو وغيره ، لا يعتق منه شيء ، لأنه متهم في جَرّ الولاء ، وقال مرة : يعتق إنْ كان المشهود عليه موسراً ، عتق نصيب الشاهد ، لأنه أقر أنه إنما له على المعتق قيمة ، فَعَلَى هذا القول : إنْ كان الحالفان موسريْن عتق عليهما إنْ ادَّعيا اليقين ، لأن كُلَّ واحدٍ أقر إنما له قيمة ، وأن الآخر حنث ، وحَكَى هذا القولَ محمد ، وعابَه ، وقال : العتق[5] إنما يكون بقبض القيمة بعد التقويم ، ولم يقع هاهنا.

---

(1) سبق أنه سماه : ميموناً .

(2) كذا ولعله : فهو حر .

(3) كذا .

(4) كذا ، وفيه سقط .

(5) بالنسخة : المعتق .

الثاني والعشرون . في **الكتاب** : أنتَ حرٌّ إذا قَدِم أبي ، لا يعتق حتى يقدم وكان يمرض[1] بيعه ، وأجاز ابن القاسم البيعَ والوطْأ كالطلاق ، وإنْ جِئتني ، أو مَتَى جئتني بألف ، فأنت حر ، فإن فعل عتق ، وإلاّ فعبد ، ويتلوم له ، ولا ينجم عليه ، ولا يطول لسيده ، ولا يعجل بيعه إلاّ بعد تَلوُّمه بقدر ما يرى الإمام ، كمن قاطَع عَبْدَه على مال إلى أجَل ، يمضي الأجل قبل أدائِه يتلوم له ، فإن دفع المال أجنبي جبرتَ على أخذه ، لأنه كفداء الأسير وعتق ، أو دَفَعه العبد من مال كان بيده ، قلتَ : هو لي ، فليس لك ذلك ، لأنه كالمكاتب ، وتمنع من كسبه أيضاً ، وفي **النكت** : إذا قال المريض : أدِّ إليَّ[2] وزيتي[3] ألفاً وأنت حر ، تنجم عليه ، بخلاف الصحيح فيفترقان في التنجيم ، ويستويان[4] فيما عداه من تصرفهما فيما بأيديهما ، وسقوط نفقتهما عن السيد ، وقال ابن يونس : إنْ قَدِم أبي ، صرح[5] بإجازة[2] البيع ، بخلاف : إذا قَدِم أبي ، لأن (إذا) للمعلوم ، و(إنْ) للمشكوك . فلا تقول : سافر إنْ طلعت الشمس ، وتقول : إذَا طلعت الشمس ، ثمّ رَجَع فقال: هُما سواء لأن الناس في العادة يسوون بينهما في غالب التعليق ، قال أبو عِمران : يجب أنْ يمرض[6] في الوطْء كما يمرض[3] في البيع ، قال ابن القاسم: إذا قدمتُ مصرَ فأنتَ حر ، ثمّ بَدَا له أنْ لا يسافر ، يعتق إلى مثل ذلك القدر الذي يبلغ فيه ، وكذلك : سِرْ معي إليهَا وأنت حر إلاّ أنْ يكون قال : إنْ خرجتُ أنا ، فلا شيء عليه ، قال سحنون في : اخرُجْ معي إلى الحج وأنت حر ، وإنْ بلغتَ معي الى الحج فأنت حر ، فليس له بيعُه ، خرَج أم لا ، ويعتق الى أجل من رأس المال ، وإنْ

---

(1) كذا .

(2) بالنسخة : اذا لى .

(3) كذا . ولعلها : ديتي .

(4) بالنسخة : واليستويان .

(5) كذا وكتب عليها ، وهي علامة التوقف .

(6) كذا .

مات قبل الخروج وهو من عبيد الخدمة ، عتق إذا مات السيد ، قال المغيرةُ : إنْ قال له – وهما متوجهان إلى مكة – : إنْ دخلناها فانت حر ، فلما بلغا مَرَّ[1] الظَّهْرانِ : أراد بيعه ، له ذلك مالم يدخلا مكة ، لأنه أجل قد يكون وقد لا ، كقدوم فلان ، وعن ابن القاسم : قال لأمته : إنْ حملتِ فأنت حرة ، فإنْ كانت حاملاً فهي حرة وإنْ لم يَبِن ذلك حيل بينه وبينها ، ووقف خراجها ، إنْ تبين حملها عتقت وأعطيت ما وقفت من خَراجها ، وإنْ لم تحمل بيعها ، وقال سحنون: لا تعتق بهذا الحمل ، وقيل : يطَؤها في كل مدة مرة .

قاعدة : عشر حقائق لا تتعلق إلاّ بمعدوم : مستقبلَ الأمر ، والنهي ، والدعاء ، والإباحة ، والشرط ، وجوابه ، والوعد ، والوعيد ، والترجي ، والتمني . فهذه[2] القاعدة يُشكل قولُ ابن القاسم باعتبار الحمل الظاهر ، ويتجه قولُ سحنون ، ولهذه القاعدة احتاج العلماء في قوله تعالى : ﴿**إنْ كُنتُ قُلْتُهُ فَقَدْ عَلِمْتَه**﴾[3] إلى تقديرِ فعلٍ مستقبل ، تقديره : إنْ يثبت كوني قلتُه ، وإذا قال له : إنْ ودَيتَ لي كذا فأنت حر ، فوَضَعه عنه السيد ، عُتق ، لأن الإبراء كالعطاء ، لجامع تحقق البراءة ، وإنْ قال له : إن أعطيتني اليومَ ، فلا بد من التلوُّم بعد اليوم إذا لم يعطه .

الثالث والعشرون . في الكتاب : أول ولد تلدينه[4] فهو حر . فولدت ولدين في بطن . عُتق أولُهما خرُوجاً ، فإن خَرجَ ميتاً لم يُعتق الثاني ، لأنه إنما أعتق الأول ، وقال ابن شهاب : يعتق ، لأنه لا يقع على الميت عتق ، وإنْ قال في صحته : كل ولد تلدينَه ، حر ، عتق ما وَلَدت ، واستثقل مالك بيعَها لما يتعلق بذريتها من حق العتق ، قال ابن القاسم : وأنَا أرى بيعَها لعدم وجود شيء لعتق ، إلاّ أنْ تكون حاملاً حين التعليق ، أو حملت بعد قوله ، أو يقول : ما في بطنك ، أو

---

(1) بالنسخة : من .

(2) كذا ولعله : وعلى هذه .

(3) (المائدة : 116) .

(4) بالنسخة : تلدينه . بدون نقط .

إذا وضعتَهَ فهو حر ، فلا يباع حتى تضع ، إلاّ أنْ يُرهقه ديْن فتباع ويرق ، لأن الأجنة تابعة ، ولو ولدته في مرض السيد ، أو بعد موته ، ولا دَيْن عليه ، وقد أشهد على قوله في صحته ، عُتق من رأس المال ، كمعتَق إلى أجَل ، هذا إنْ كان الحمل في الصحة ، فإن كان في ولدته فيه[1] ، أو بعد موته عتق من الثلث ، لأن عتق المريض إلى أجل ، من الثلث ، والأول كمن قال لعبده : إذا وضعتْ فلانةٌ فأنت حر ، ووضعته والسيد مريض ، أو بعد موته ، عتق من رأس المال ، قال ابن يونس: قال ابن القاسم في أول ولد ، فوضَعت ولدين سواء كانا غلامين أو جاريتيْن ، أو غلاماً وجارية ، وإنْ لم يعلم الأول ، فَهُما حُرّان بالشك ، قال مالك : إنْ قال : إنْ وضعتِ غُلاماً فأنتِ حرة ، فوضعت غلاميْن ، فالأول حر ، لأن الشرط لا يتكرر ، أو وضعت جارية ثمّ غلاماً في بَطنٍ ، لزمَه عتق الغُلام ، أو غلاميْن ، لزمه عتق الأول ، وأولهما ميت عُتق الحي ، بخلاف قوله : أول ولد تلدِينَه ، وشهادة النساء في السبق بينهما جائزة ، قال محمد : إذا لم يعلم الأول : فالقياس أنْ يعتق من كل واحد نصفُه ، ويتم باقيه بالسنة ، فيعتقان جميعاً ، قال ابن القاسم : يعتق بوضع الميت ، وإنْ قال : إنْ ولدتٌ جارية فأنتِ حُرة ، فولدت جارية ، عتقت الأم ورُقت الجارية ، لأن عتق الأم متأخر عن الولادة ، لأن المشروطَ[2] متأخِر عن الشرط ، أو ولدت جاريتيْن ، فالأُمُّ والثانية حُرَّتان بالشك ، لتأخرها عن سبب الحرية ، أو وضعت غلاماً ثمّ جارية ، عتقت دون الولدين لتقدمهما على عتقهما ، أو الغلام آخراً عتق هو مع الأم ، ورقت الجارية لتقدمهَا ، وإنْ قال : إنْ ولدتٌ جارية فأنت حرة ، أو غلاماً فزوجُك حر ، فولدتها ،عتق الأبوان ، وإنْ ولدت الجارية أو لا ، عتق الغلام ، أو الغلام أو لا ، رق الوالدان ، فإن[3] فالغلام حر ، وإنْ قال : أول بطن تَضعَينه[4] فوضَعَت تَوأميْن عتقاً ، وإنْ قال :

---

(1) كذا . ولعله : كان في مرض ولدته فيه .

(2) بالنسخة : الشروط .

(3) بياض بالنسخة بقدر كلمتين أو ثلاث .

(4) بالنسخة : تضعيه .

ما في بطنِك حرٌّ ، وأشكل هـل في بطنها شيء ؟ لا يعتق إلاّ ما تضعه لأقـلّ من ستة أشهر من يوم القول ، فإن كان الحمل بيناً فهو حر ، وإنْ لم تضعه إلاّ إلى خمس سنين .

الرابع والعشرون . في **الكتاب** : إذا أعتقها على أنْ تتزوج به أو بغيره : فامتنعت ، عتقت ولا يلزمها ذلك ، وكذلك إنْ أعطيتَه ألفاً عَلَى[1] أنْ يعتق أمَته ويزوجكَ بها ، فلا يلزمها ، وتلزمك الألف . في **النُكت** : قال محمد : إلاّ أنْ يبين أنه زاد على قيمتها للنكاح فيردا الزائد ، ورأى مالك الكل سواء ، والإستثناء لا ينفع في العتق ، كما لو قال له : خذ ثلاثين ديناراً على أنْ يعتقها ، واستثنِ لي عليها خدمةَ عشرِ سنين ، فَلاَ خدمةا لها،[2] ولا رجوع على المعتِق ، وإنما لم يلزم الأمة الشرط ، لأنها إذا عتقت سقَط إجبارُ السيد عنها ، فهي أسقطت حقها قبل سببه ، كمسقط الشفعة قبل البيع ، قال اللخمي : ولو كان السيد يَجهَل فيعتقد أنّ الألف قيمتها وصداقُها لها ، وأنّ الصداق له ، قضي الألف على قيمتها وصداق المثل ، وينظر إلى قيمتها بشرط العتق ، وعلى البيع للملك ، وكذلك إذا قال : أعتقها وزوجنيها على الألف فسقطت الألف بخلاف قوله ، ولك ألف ، وإذا أسقطت[3] رجع للدافع الزائد على النية .

الخامس والعشرون . في **الكتاب** : أنت حر الآن وعليك مائة إلى أجَل كذا ، عتق الآن واتبع[4] بالمائة وإنْ كره ، قاله مالك . لأن لك اتباع ماله وعتقه ، وقال ابن القاسم : لا شيء عليه ويعتق ، لأنك ليس لك أن تعمر ذمته ، بل لك انتزاع الموجود ، وأنت حر على أن يدفع إلى مائة ، لم يعتق إلاّ بأداءِها ، وله أنْ لا يقبل ذلك ويبقى رقيقاً ، ذكرت أجَل المال أم لا ، ولَوْ قَال : على أنْ يدفع إليّ مائة إلى سنة : فقبل ذلك ، ولم يقل : حرٌّ الساعةَ ولا

---

(1) بالنسخة : الفاعل .

(2) بالنسخة : فلما خدمت له .

(3) بالنسخة : واذا امسصت .

(4) بالنسخة : والتبع .

أراده ، لم يعتق إلاّ بإداء عند الأجَل ، ويتلوم له عند محله ، فإن عجز رق ، وقَولُه : إنْ اتيتَني بكذا إلى أجَل كذا ، فأنتَ حر من[1] القطاعة وناحية الكتابة ، ويتلوم له ، وليس له بيعُه ، وإنْ قال : إنْ ودّيتِ إليَّ مائة إلى سَنَةٍ فأنتِ حُرة ، فَمَا وَلدت في هذه المدَّة بمنزلتها ان ردت عتقت وعُتق ، وكذلك إنْ لم يَضرب أجَلاً فوَلَدت ، ثمّ أُدت ، لأن كلَّ ذات رحم فولَدُها[2] بمنزلتها ، إلاّ ولدا الأَمة من سيدها ، وكل شرط كان في أمَة فما ولدت بعده وكانت حاملاً به يومَ الشرط فهو بمنزلتها في ذلك ، وكذلك : أنتِ حرة إنْ لم أفعل كذا ، إلى أجَل كذا ، فتَلِد قبلَ الأجل ؛ يمتنع[3] بيعُها وبيع ولدها ولم يؤد ، لا يتلوم له . في التنبيهات : هذه المسائل خَمس : أنتَ حر وعليكَ كذا ، أنتَ حر على أنْ عليكَ كذا ، أنت حر على أنْ تدفع إليَّ كذا ، أنتَ حر على أنْ تؤدي إليَّ كذا ، الخامسة : أنتَ حر إنْ أديتَ إليَّ كذا ، أو دفعته ، أو إذا أديتَه ، أو جئت به ، أو أعطيته ، أو متى جئت به ، أو أديته ، فمعظم الشراح والمختصرين : أنّ مذهب مالك في هذه الخمس : أنه ثلاثة ، لها ثلاثة أجوبة ، ترجع إلى جوابيْن في الحقيقة : **الأول** : عليك ، وعلي ، أنّ عليك ، هم[4] سواء ، يعتق على هذا وإنْ كره . **الثانية** : أنتَ حر على أنْ تدفع إلي كذا ، لا يعتق حتى تدفع ، لأنه لم يتّل عِتقَه إلاّ بعد الدفِع ، ولم يختلف المذهب أنه بالخيار في القَبول ، لأنها كتابة ، وكذلك ينبغي على مذهبه أنْ يكون مثلَه : على أنْ يؤدي إلي ، أو يعطيني أو يجيء . **الثالثة** : إنْ أديت إليّ ، أو إذا أو مَتى ، فهو شرط لا يعتق إلاّ بالأداء ، غير أنه نوع من القطاعة والكتابة ، ولهذا مَنَعُوه من البيع حتى يتلوم له الإمام ، فيؤدي أو يعجز ، وهو بالحقيقة يرجع إلى الجواب في قوله : على أنْ يدفع إلي ، أو على أنْ يؤدي ، هذا مذهب

---

(1) كذا .

(2) بالنسخة : فولدتها .

(3) بالنسخة : ويمتنع .

(4) بالنسخة : هما .

مالك ، ومذهبُ ابنِ القاسم عند الجمهور : أنها أربع ، لها أربعة أجوبة ، يوافق مالكاً منها في الفصل الثالث والرابعِ من الخمسة المذكورة ، ويخالفه في الآخريْن ، فيلزمه العتق في قوله : وعليكَ ، ولا يلزمه المالُ إذا كان بغير رضا العبد ، وإلاّ لزمه ، وأما : عليَّ ، أنّ عليك ، فلا يلزمه مال ولا عتق إلاّ برضا العبد ، وقيل : هي ثلاثة مسائل عند ابن القاسم ، لها ثلاثة أجوبة ، وكل جواب قولان :

الأولى ، وعليك ، له قولان ، ما تقدم عنه ، وله قول موافق لمالك .

الثانية : على أنَّ عليك ، أو على أنْ تدفع بهذا ، أنّ عند هذا القائل مسألة واحدة لإبن القاسم فيها قولان ، فقال في : عليّ ، أنّ عليك : ما تقدم ، وفي : علي أنْ تدفع ، يُخيَّر العبد ، كقول مالك .

الثالثة : على أنْ تؤدي إلي ، فلا يعتق إلاّ بالأداء اتفاقاً ، وله أنْ لا يقبل ، وتذكر الخلاف مفصلاً فتقول :

المسألة الأولى : أنتَ حر ، وعليك ، ورضي العبد ، فيها ثلاثة أقوال : قول مالك : إلزام السيد العتق معجلاً ، والعبد المال إنْ كان موسِراً ، وإلاّ بقي ديْناً ، ومشهور ابن القاسم : إلزام العتق ، وإسقاط المال ، وقال عبد المَلك : الخيار للعبد .

المسألة الثانيـة : أنت حر ، على أنّ عليك ، فيها أربعة أقوال : إلزام العتق والمال، يخير العبد ولا يعتق إلاّ بالأداء ، لإبن القاسم ، اجبّار العبد ، ولا يعتق حتى يدفع لأصبغ .

المسألة الثالثة : أنت حُر عَلَى أنْ تَدفع إليَّ ، ثلاثة أقوال : يخير العبد فإن قَبل فلا يعتق إلاّ بالأداء لمالك وابن القاسم ، ويخير العبد في الرضا بالعتق معجلاً ، ويلتزم المال ديناً ، ويرد فيرق لابن القاسم ، واختار العبد على المال بناء على إجباره على الكتابة .

المسألة الرابعـة : على أنْ يؤدي إلي ، فلا يعتق الاّ بالأداء . وله الرد .

المسألة الخامسة : إنْ أديتَ ، أو أعطيت وجئتني ، فظاهرهُ أنه مثل :

عَلَى أنْ يدفع ، وعلى أنْ يؤدي ، فلا يلزم العتق إلاّ برضاه ودفعه ، وله الرد ، قال ابن يونس : أنت حر وعليك ألف ، إتباعه بالمال عند مالك ، وهو قول أصحابه وأهلِ المدينة ، وكأنه باعه نفسَه وهو كاره فيلزمه ، كما يزوجه كارهاً ، وينتزع ماله كارهاً ، وكما يلزمه ذلك بغير حرية ، وابن القاسم يَرَى أنه من باب الإستسعاء بعد الحرية ، وملخص قول مالك وابن القاسم في قولي : أنت حر الساعةَ ، وعليك ، وعلي ، أنّ عليك مائة ، أو على أنّ تدفع ، يعتق الساعةَ ، وتدفع وإنْ كره ، وكذلك إذا لم يقل : الساعة ، وأما على أنْ يدفع فهو بالخيار ، ولا يعتق إلاّ بالدفع ، لأنه جعل له دفعاً وكسباً ، واختيار الخلاف ، وعليك إلزام بغير اختيار ، قال اللخمي : إذا قَبِلَ العبدُ العِتق في قوله : أنت حر على أنْ تدفع إلي ، حيل بين السيد ومَالِ العبد وخَراجِه ، وقال عبد المَلك في : إنْ جئتني بمائة إلى سنَة ، له بيعه إلاّ أنْ يقيم بيده حتى يأتي بالمائة ، وفي **المنتقَى** : إنْ اشترط عليه عَملاً ، نحو : أنتَ حر على أنْ تخدُمَني سنةً : قال ابن القاسم : ذلك عليه إنْ كان قَبلَ العتق ، ولا يلزمه إنْ كان بعدَه ، وأنت حر على أنْ لا تفارقني : قال محمد : لا يلزمه ، لأنه اشترط شيئاً من الرق بعد العتق ، فينفذ العتق ويبطل الشرط ، لأن العتق مبني على التغليب والسراية والعمل ، بخلاف المال ، لأن المال في الذمة ليس من أحكام الرق ، لأن الديون على الأحْرار أكثر من العبيد ، وإنْ قال لها : أنت حرة على أنْ تُسلمي ، قال أصبغ : إنْ امتنعت لاعتق لها ، كقوله : إنْ شيئت ، وليس كقوله : أنتِ حرة على أنْ تَنكحي فلاناً ، فيمتنع فيمضي العتق ، والفرق : أنها إنْ رضيت بنفس العتق تكون مُسلمة ، كقوله : علي ، أنّ عليك مائةُ ، والنكاح اشتراط عمل بعد العتق ، لأنه يطول .

السادس والعشرون . في الكتاب : إذا قال : أعتقتُه أمس على مال ، وقال العبدا: على غير مال ، صُدق العبدُ مَع يمينه كالزوجة ، لأن الأصل : براءة الذمة ، وقال أشهب : يصدق السيد مع يمينه ، لأنه قال : أنتَ حر وعليك مائةا، لزمه[1]

(1) كذا ولعلها : فلزمه .

بخلاف قوله للمرأة : أنتِ طالق ، وعليك مائة ، يلزم الطلاق دون المال ، وإنْ أقر أنّ شريكه أعتق نصيبه : فإن كان المشهودُ عليه موسراً أعتق نصيب الشاهد ، لإقراره أنه لم يبق له إلاّ القيمة ، أو معسراً ، لم يُعتق من العبد شيء ، وقال أشهب : ذلك سواء ، لأنها شهادة لنفسه بالقيمة ، لا يعتق شيء ، لأنه لا يعتق حصّة شريكه إلاّ بتقويم ودفع القيمة ، وقاله سحنون ، وهو أجود ، وعليه جميع الرُّواةِ ، قال اللخمي : المعتق على ثلاثة أوجه : إنْ كان مع غيبة العبد ، صُدّق السيد لتعذر المكارة[1] ، أو بِحَضْرته فهو موضع الخلاف : إنْ ادَّعى أنه قال : أنت حر على أنّ عليك[2] ، أما إنْ قال : أعتقتُك وجعلت عليك مائةً بمراضاةٍ منك ، فيترجح قول العبد : لم أرضَ بشيء ، لأن الأصل : عدم الرضا ، ويُصَدق السيد ، لأن الأصل : بقاء ملكه ولا يخرج إلاّ بعوض[3] .

قاعدة : إذا دار[4] المِلك بين أنْ يبطل بالكلية ، أو من وجه ، فالثاني أولَى ، لأنه أقرب[5] لبقاء المِلك ، ولهِا صور : أحدها : إذا أكل المضطرُّ الطعامَ وَوَجبت إزالةُ ملكه عنه للضرورة ، فهل بغير عوض ، وهو سقوطه بالكلية ، أو بعوض وهو السقوط من وجه ؟ وإذا أدى مالاً عنه ونازعه في التبرع به ، صُدق في عدم التبرع ، لأنه إسقاط للمِلك من وجه ، وتصديق العبد ، إسقاط له من كل وجه .

السابع والعشرون . في **المقدمات** : إنْ قال : أنتَ سائِبة ، قال ابن القاسم : إنْ اراد به العتق فهو حرٌّ ، وَوَلاؤه لجميع المسلمين ، وهو مكروه ، **لِنَهيه**[6] ﷺ **عن بيع الوَلاء وهبتِه** ، ولم يكرهه أصبغ ، كعتق عبده عن زيد ، ويُعتق ، أراد

(1) كذا .
(2) كذا .
(3) بالنسخة : بعرض .
(4) بالنسخة : درا .
(5) بالنسخة : اقرك .
(6) رواه مالك في **الموطأ** في كتاب العتق والولاء ، عن ابن عمر . وهو في الصحيحين في العتق ، وقد تقدم تخريجه وسيأتي .

الحرية أَمْ لا ، لِصَراحته في العتق ، وقال عبد الملك : يحرم عتق السائِبة لِظاهر قوله تعالى : ﴿**مَا جَعَلَ اللهُ مِن بَحِيرَةٍ وَلاَ سَائِبَةٍ**﴾[1] أي لم يَشرَع ، فإن فَعَل فَالولاءُ له إنْ عرف ، فإن ما بقي منه إنّ كان له مال[2] ، وفي **الكتاب** : إذا أعتق المليء شِقصاً له في عَبد فليس لشريكه التمسكُ بنصيبه ، ولا عتقه إلى أجل ، إنما له أنْ يُبَتّله أو يقوِّم عَلَى شريكه ، فإن أعتق حصته إلى أجَل ، أو دبَّره ، أو كَاتَبَه ، رد ذلك إلى التقويم ، إلاّ أنْ يبَتّله ، قال غيره : إنْ كان الأول ملياً بقيمة[3] نصف نصيب المعتَق إلى أجَل ، قوّم ذلك عليه ، وبقي ربُع العبد معتَقاً ، وقال غيره : إنْ كان الأول ملياً وأعتق الثاني إلى أجَل فقد ترك التقويم ، ويعجل عليه العِتق الذي ألزم نفسَه ، واستثنى من الرق ما ليس له ، وقال **(ش)** قولين : **أحدهما** : أنّ الموسِر يلزمه أنْ يؤدي قيمة العبد ، فإذا أدى عُتق فاللفظ[4] وجب الأداء ، وبالأداء عتق . وهو ظاهر قول مالك ، **والثاني** : يعتق بالسراية ، وتكون القيمةُ في ذمة الشريك ، وقاله ابنُ حنبل ، وقال (ح) : يتخير شريك الموسرين ثلاث : بين أنْ يعتق نصيبه ، أو يقوم على شريكه الموسر ، أو يستسعَى العبدُ في قيمته ، فإذا أداها عتق ، ويتخير مع العسر في العتق والإستسعاء ، وقال صاحباه : العتقُ يقَع جزماً وإنْ كان موسراً ، إذ القيمة[5] والإستسعاء للعبد[6] . **لنا في بطلان الاستسعاء** : ما تقدم من قول النبي ﷺ ، وإلاَّ فقد أعتق منه ما أعتق ، وما في الصحيح[7] : (**انّ رَجلاً أعتَقَ ستةَ أعبُدٍ ، لا مالَ له غيرُهُم ، فَدَعاهُم رسولُ الله ﷺ فأقْرَع بينهُم ، فاعْتَقَ إثنين وأَرَقَّ أربعةً**) فلم يُلزِمهم الإستسعاء و(ح) يعتق من كل واحد بعضه ، ويستسعيه

---

(1) (المائدة : 103) .

(2) كذا وفي الكلام نقص .

(3) كذا .

(4) كذا .

(5) بالنسخة : اذا القيمة .

(6) بالنسخة : العبد .

(7) رواه مسلم في الأيمان . وابو داود في العتق . والترمذي وابن ماجه كلاهما في الأحكام . واحمد في (**المسند** 426/4) عن عمران بن حصين ، وتمامه : وقال له قولاً شديداً .

في الباقي ، ولأنه لا يجزيه على الكتابة ، فَنَقِيس عليه ، لأنها عتق بعِوَض ، ولأنه لو أوصى المريضُ بعتق عبده ولا مال له غيره ، عُتق ثلثُه واستسعى في الباقيا، فيؤدي إلى تقديم حَق الموصَى له على حق الوارث ، مع أنّ الوارث مقدَّمُ فيما عَدَا الثلثَ .

احتجوا بما خرجه البخاري[1] وغيرُه أنّ النبيَّ ﷺ قال : (**أَيُّمَا عَبدٍ كَانَ بَيْن رَجُلَين فَأَعتَق أحدُهُما نصيبَه ، فإن كَان مِوسراً قُوِّمَ عليه ، وإلاَّ استسعَى العبدُ غيرَ مشقوقٍ[2] عليه**) **وجوابه** : قال صاحب **الإستذكار** : روى الحديثَ جماعةٌ ، والحفاظُ منهم لم يذكروا السِّعاية ، فضعُف نقلُها ، قال صاحب **القَبَس** : وإلاّ فقد عتق منه ما عتق في الحديث الأول ، (**وإلاَّ استسعى العبد**) من كلام الرَّواي فُتيا من قِبَل بنفسه ، قاله علماء الحديث ، سلمناه ، لكن ليس في اللفظ ما يقضي الجَبر على ذلك ، فيحمل على أنه بِرضا العبد والسيد على سبيل الندب ، لأنه توسل للعتق ، ويؤكده قولُه : (**غيرَ مشقوق عليه**) ، وهو يدل على الإختيار وعدم الجَبر ، وإلاّ حصلت المشقة ، أو يحمل على إثبات السعي للسيد[3] في يوم الرق ، ليلاَّ يظن السيد أنّ استخدام العبد بعد ذلك يمتنع لمشاركة الحرية ، وقاسوه على الكتابة على القول بالجبر عليها ، والفرق : أنّ ها هنا حصلت جناية من المعتق ، فأصل التعلق به لجناية ، فقد وجد المزاحم فسقط الإجبار على العبد لتعين الغير ، بخلاف الكتابة ، ولنا على عدم العتق بالسراية حتى يقوَّم : ما في الحديث المتقدم : وَكَانَ له مالٌ يَبلُغُ ثمنَه فهُو عَتيق ، والفاءُ للترتيب ، فدل على أنّ العتق إنما يكون بعد تحقق ذلك بالكشف والتقويم ، وفي الأحاديث[4] : إذا كانَ العبدُ بين اثنين

---

(1) رواه البخاري (2/111–119) ومسلم (5/96) بلفظ قريب من لفظ المؤلف وأبو داود والترمذي وابن ماجه في كتب العتق ، عن بشير بن نهيك ، عن ابي هريرة ، وقد ثبت في الصحيح لفظ الإستسعاء فلا معنى للتشكيك فيه . والحديث في **الموطأ** أول كتاب العتق والولاء عن ابن عمر بدون ذكر الإستسعاء ، وعن ذكر السعاية ومن رواها واسقطها انظر : (الدراية في تخريج احاديث الهداية) لابن حجر (2/86) .

(2) بالنسخة : مشقوت .

(3) بالنسخة : السيد .

(4) تقدم تخريجها .

فأعَتَق أحدُهما نصيبَه ، فإن كان مُوسراً قُوِّم عليه قيمةَ عْدلٍ ، ولا لَبسَ ولا شَطَطَ ، ثم يعْطى صاحبه ، ثمّ يُعتق . وهو يدل أنّ العتق توقف على تسليم القيمة لأن (ثُمَّ) للتراخي ، ولأن التقويم يدل على أنّ المقوَّم مال لأحد . **احتجوا** بأن التقويم يعتمد الإتلاف ، فدل على أنه تلف بالعتق ، ولأنه يروَى[1] : (**مَن أعْتَقَ شِركاً له فِي عَبْد فَهُو حُرٌّ له**).

والجواب عن الأول : قد يكون التقويم فيما هو في حكم التالف كما إذا غَصَب عبداً فأبَقَ منه . فإنا نُقَومُه عليه ، وهذا في حكم التالف بتفريق الخدمة ونقصان الثمن بقلة الرغبات فيه ، ولأنه لإزالة الضرر عن الشريك ، فلا يزول إلاّ بعد قبض المال كالشفعة ، ولأنه لَوْ أُعتق نصيب شريكه ابتداءً لم يُعتق منه شيء ، فدل على أنّ النصيبَين[2] كالعبدين ، ولو أعتق أحد العبدين لم يعتق الآخر . **وعن الثاني** : أنه يتعين أنه آئل إلى العتق كله بالتقويم جمعاً بينه وبين ما ذَكَرناه .

تفريع : في **التلقين** : لا يجوز تبعيضُ العتق ابتداءً ، ومَن بَعَّض العتقَ باختياره أو لسببه لَزمه تكميلُه ، كان باقي المعتَق له أو لغيره ، ويريد بسببه : شراء حُر ممّن يعتق عليهِ أو يقبله في هبة ، أو صدقة ، أو وصية ، أو نكاح . وفي **الكتاب** : يقوَّم النصيب يوم القضاء ويعتق على المعسر غير حصته ، وإنْ كان ملياً ببعضها قوّم ذلك عليه ويباع عليه في شوار بيته ، والكسوة ذات البَال ، دون ما لا بد منه ، وعشرة[3] الأيام . فإن كان ملياً وأعتق الآخر نصْفَ نصيبه عتق باقي حصته عليه ، لأنه قد أتلف نصيبه بعتقه لبعضه ، ولا يقوَّم

---

(1) رواه النسائي في **السنن الكبرى** في العتق كما في تحفة **الأشراف** للمزي (99/6) ورواه ابن حبان في صحيحه (**موارد الظمآن** 1211) والبيهقي في **السنن الكبرى** (276/10) عن ابن عمر بلفظ من اعتق عبد له فيه شركاء ، وله وفاء ، فهو حر ، ويضمن نصيب شركائه بقيمته لما اساء من مشاركتهم ، وليس على العبد شيء .

(2) بالنسخة : النصفين .

(3) كذا .

على الأول إذا قيم عليه ، والعبد غير تَالِفٍ ، فلو مات قبل التقويم لم يلزمْه شيء ، لأنه مات على مِلك سيده ، وإنْ مات المعتِق لنصف نصيبه قبل أنْ يُعتق عليه ما بَقي بقيمة على المعتِق الأول : قال ابن يونس : إذا لم ينظر في أمْره حتى أيس قوّم عليه ، لأن العبرة بحال الحكم لا يوقعه[2] الرفع إلى الحاكم ، وأجمع اصحابُنا أنه بتقويم الإمام حر بغير إحداث حكم ، لأنه الوارد في الحديث[1] ، وكذلك لو دبر فقوّم عليه لشريكه ، وأنكر على عبد الملك : أنه[2] لا يكون مُدبّراً إلاّ بالحكم ، وقالوا : إنْ أعتق بعض عبده لا يعتق إلاّ بالحكم ، لأن الأول وارد في لفظ الحديث قريب فيه العتق على التقويم ، ولتعين ضرر الشريك ، وها هنا لم يضر نفسه وفي العتق بالمسألة قولان ، وعتق القرابة بمجرد المِلك ، قال سحنون : وإنْ يكن للمعتِق مال ظاهر ، سئل عنه جيرَانُه ومَن يَعرفه ، فإن لم يعلمُوا لَه مالاً أحلف ولا يسجن ، وإنْ كان للعبد يجبر بدفع قيمته بموضعه[3] ، ولا يجلب إلى غيره ، وإنْ قال : هو سارق وشريكي يَعلَم ذلك ، وأقرَّ به قوم سارقاً ، أو أنكر ، فلا يمين له عليه ، ويقوَّم سليماً ، إلاّ أنْ تقوم بينة أو شاهد ، قال أشهب : يحلف معه ، فإن نكَل أحلف شريكه ، فإن كان الشاهد غيرَ عدل لم يحلف معه ، وتوجهت اليمينُ على شريكه ، وقال محمد : غيرُ العدل لا يوجب شيئاً ، قال اللخمي : لو تراضَى الشريكُ والعبد بترك التقويم لم يصحَّ ، لحق الله تعالى في العتق ، وللملك في عتق المقوّم هل بنفس المعتق الأول أو بعد الحكم ، قال : والأحسن أنْ لا يكون إلاّ بعد الحكم ، لقوله[4] ﷺ : **(قَوِّم عَلَيْه وأَعْتِق)** فهو أمر بإيقاع العتق . والأصل : بقاء الرق حتى يُتَيقن زوالُه ، فإن لم يِنظر فيه حتى خرج أو قذف فهو على أحكام العبيد ، وقيل : إنه بنفس التقويم يعتَق ، وهو وهَم ، لأن التقويم يحصل حق الشريك ويبقى حق الله تعالى يفتقر الى حكم

(1) تقدم تخريجه .
(2) بالنسخة : لأنه .
(3) بالنسخة : بمرضعه .
(4) تقدم تخريجه .

تحققه ، وإذا قوم على الشريك صار له كله ، والمعروف من المذهب إذا كان كله لا يعتق إلاّ بعد الحكم ، وإذا اختار المتمسك أنْ يعتق ، ثم انتقل للتقويم ، لم يكن له ذلك إلاّ إذا رَضيِ[1] شريكه ، لأنه أسقط حقه عنه ، فإن اختار التقويم ، ثمّ انتقل للعتق ، قيل له : ليس لك ذلك لتعين الولاء لغيره ، وقال ابن حَبيب : له ، لأنه أولى بالتقريب لملكه ، وقاله[2] ابن القاسم ومحمد ، قال محمد : ويقوَّم على أنه لا عتق فيه ، لأنه كذلك عينه ويقوم لم يسو[3] القيمة يومَ الحكم على أنّ نصفه حر ، لأنه أذن في العيب ، ولا شيء له إنْ كان معسراً ، ولو تأخر الإستكمال حتى يغير سوقه . فلمن لم يعتق قيمة عيب العتق يومَ أعتق ، وقيمة النصف معيناً يومَ الحكم ، فإن مات العبدُ قبلَ الإستكمال ، أو أراد الشريك العتق ، أو المعتِق معسِراً بيعَ بقيمة العيب في ذمته ، فإن رضي الشريك بالتقويم مع العُسرر ليكمل العتق : قال محمد : ذلك له : لأن تأخير أخذ القيمة بسبب الإعسار حق له ، وقيل : ولا يشغل ذمة شريكه بغير رضاه ، والحديث لم يرد فيه ، قال : وهو أحسن ، وإذا أعسر ، ثمّ أيسر أَو[4] قال : كنت معسراً أو علم أنّ الذي في يده فائدة ، لكان القول قوله في الإستكمال ، لأن هذه فائدة ، والحديث : ﴿**مَن أعتق وله مال**﴾ ، ولا يقوم عليه اذا شك هل كان له مال أم لا ؟ والقيمة : أصلها الحلول كسائر قِيَم المتلفات ، فإن تراضيا بالتأجيل امتنع ، لأنه رباً وفسخُ دَيْن في ديْن ، وإنْ تراضيا بالتأجيل مع العُسر جاز ، لأنه بيع باختيار ، وفي **الجواهر**: يترك للمقوَّم عليه عيشة الأيام وكسوة ظهره ، كما في الديون ، وقال أشهب : لا يترك له إلاّ ما يوارِيه لصَلاَته ، وقل عبدُ الملك : يترك له ما لا يباع على المفلس ، وإنْ كان عليه ديْن بقدر مالِه فهو معسر ، ويقوم كاملاً لا عتق فيه ، وقيل : على أنّ نصفه حر ، وعلى الأول اتفاق الأصحاب ، ويقوَّم بصنعته ومالِه وما حَدَث له من ولَد بعد العِتق أو

(1) بالنسخة : وضى .

(2) بالنسخة : وقال .

(3) كذا .

(4) بالنسخة : ولو .

مال ، وتقوم الأمة بوَلَدها ومالِها ، ولو تقاوم الشريكان العبد والأمةَ فبلغاه أضعاف ثَمَنِه ، فأعتقه احدهما ، قال ابن القاسم : نزلت بالمدينة بين رجل وامرأته فاستحسن مالك أنْ ينادَى عليه ، فإن زادت عليها ، وإلاّ لزمه الزوج ، فلو بقيت قبل التقويم قُوّم بعينها، قال صاحب **المنتقى** : في تحليفه إذا لم يُوجد له مال ، قولان: التحليف كالمفلس للتهمة، وعدمُه ، لأنها يمين لو نكَلَ عنها لم يُستحق بها شيء ، والأول عليه الجمهور ، فإن كان له مدَبّرون ، أو معتق إلى أجَل ، فلا حكمَ لهم في القيمة ، وتقوَّم ديتُه على مالي[1] حاضر ، وأَمَدٌ قريب ، ويتبع في ذمته دون أسير أو على غائب ، قاله عبد الملك ، وفي **الموازية** : شطر ديته ، ويمنع شريكه من البيع ، وشطر فيه ، وإنْ كان ماله يبلغ بعض الحصة فَرَوَى القاضي أبو محمدَ : يعتق ذلك فيبقى الباقي رِقّاً لِمالِكه ، وقاله سحنون إلاّ في التافِه .

قاعدة : حق الله تعالى : أمره ونهيه ، وحقوق العباد : مصالحهم فقد تنفرد ، فالأيمان حق الله تعالى ، والقِيَّم والأيمان حقوق العباد ، وقد تجتمع ، ويُغلب حقُّ الله إجماعاً فلا يتمكن العبد من الإسقاط كالسَّرقة ، وقد يُغَلب حق العبد إجماعاً كالديْن ، وما من حق للعبد إلاّ وفيه حَق لله تعالى ، وهوأمره بإيصال ذلك الحق ، وقد يختلف العلماء أيهما يُغلَّب كالحَدِّ في القذف ، فمن غَلَّب حق الله تعالى مَنَع العفو ، أو حق الآدمي جَوزهُ ، والعتق اجتمع فيه حق الشريك ، فتنقيص ماله بعيب العتق ، وحق العبد بتخليصه لاكتسابه[2] وَطاعةِ ربه ، وحق الله تعالى في إزالة الاصمة[3] عن ابن آدم المكرَّم من خَالِقه[4] ، وتوجه تكاليفه عليه ، وحق الله تعالى فيه مغلَّب .

---

(1) كذا .

(2) بالنسخة : لاكسابه .

(3) كذا . ولعلها : الوصمة .

(4) بالنسخة : خلقه .

فرع

في **الكتاب** : إذا أعتق المسلم نصيبَه قوّم عليه كان العبد مسلماً أو ذميا لحق الشريك والعبد ، أو اعتق الذمي حصته والعبد مسلم قوم عليه لأنها جناية منه ، وأجبِرَ على عتق جميعه . لأن الاسلامَ لا يعلوه الكفر ، أو كافر لم يقوّم ، لأن الذمي لا يلزمه العتق ، ولو أعتقه كله ، وقال غيره : يقوم عليه حصةُ المسلم ، لأنه حكم بين مسلم وكافر ، قال ابن يونس : هذان[1] أبان النصراني المعتق عن نفسه حتى لو أراد رده في الرق لم يكن له ذلك جبر[2] المسلم على أنْ يقومه عليه ويكمل عتقه ، وإلاّ فَلاَ تَقويم إلاّ أنْ يشاء المسلم ، ونصراني بين نصرانيين لا تقويم فيه إلاّ أنْ يرضوا بحكمها ، أو بين حر وعبد فاعتق الحرُّ حصته قوّم عليه ، أو لعبد فلا عتقَ له إلاّ بإذن سيده ، فيقوَّم على سيده ، كان لِلعبد مالٌ أم لا ، لأن السيد هو المعتِق في المعنى ، قال سحنون : وتباع في قيمته وقيمة العبد وغيرها من مال السيد، قال محمد : وكذلك إنْ كان بغير إذنه فأجاز .

فرع

في **الكتاب** : إذا وهبتَ لعبد نصفه ، أو أخذتَّ منه دنانير على عتق نصفه، أو على بيع نصفه من نفسه ، عتق كلُّه ، وولاؤه لك ، وإنْ أعتقتَ نصيبَك من العبد المشترَك على مال أخذتَّه من العبد ، ووردت وجه العتاقة ، عتق عليك كله ، وغَرمتَ حصة شريكك ، ورددت المال إلى العبد ، لأن من أعتق نصيبَه من العبد المشترَك واستثنى شيئاً من ماله عُتق كلُّه ، ورد ما استثنى للعبد ، وإنْ علم أنك أردتَّ الكتابة فُسخ ذلك ، وبقي العبد بينكما ، وأعطيت نصف المال لشريكِكَ ، وفي **المنتقى** : إذا وهبت العبد نفسك[3] فيه : قال مالك : يقوم عليك لاندراجهِ في الحديث .

---

(1) كذا وعليه * علامة التوقف .

(2) كذا .

(3) كذا .

فرع

في **الكتاب** : أعتق أحدُكم نصيبَه ، ثمّ الآخر ، وأنتما مليّان لم يقوّم الثالث إلاّ على الأول ، لأنه الذي أعاب العبدَ ، فإن كان عديماً لم يقوّم على الثاني ، لأنه لم يَعِبه ، فإن اعتقتُما معاً . قوم عليكما إنْ كنتما مُوسَرِين ، لأنه ليس أحدُكما أولى من الآخر ، وإلاّ قوم على الملِيّ منكما[1] لا قال ابن يونس : جميع الأصحاب على عدم التقويـم على الثاني إذا أُعسَر الأول إلاّ ابنَ نافـع ، قـال : يقوم على الثاني إنْ كان ملياً ، لأن الأول يقدمه في حين العدم ، ولأنه لو امتنع المتمسك من التقويم فللعبد طلبُه ، قال عبد الملك : إنْ أعتقا معاً ليس لِلمتمسك أنْ يقوم على أحدهما ، وإنْ رضي المقوَّم عليه ، ولو جاز ذلك جاز له بيعُه من أجنبي على أنْ يعتقه ، وقال : إذا أعسر أحدُهما ، لا يلزم المليّ إلاّ حصتُه إذا قوم عليهماا، لأنهما ابتدآ الفساد معاً ، وعن مالك : إنْ كان لأحدكم نصفه ، وللآخر ثلثُه ، وللآخر سدسه ، فاعتق صاحب الثلث والسدس حصتَهما معاً ، فليقوَّم عليهما بقدر مِلكهما كالشفعة في اختلاف الأنصباء ، فإن أعدم أحدُهما فالجميع على المُوسر ، كما إذا أسلم أحدُ الشفعاء نصيبَه لم يأخذ الآخرُ إلاّ الجميعَ ، أو يسلم ، وقاله المُغيرةُ ، ثمّ رَجَع التقويم نصفيْن كما لـو قتلنـاه ، وروي عن مالـك شاذاً ، وقالـه (ش) ، واتفقوا أنّ من عَجَز منهما عن بعض ذلك ، أنه يتم على الآخـر ، قال اللخمي : يقوّم على الأول في مسألة **الكتاب** ، إلاّ أنْ يرضى الثاني بالتقويـم عليـه ، ولا مقال لـلأول ، لأن الإستكمالَ حق للعبد ، لا حقه ، وإذا جاز الإستكمالُ على المتمسك جاز على الأوسط .

تنبيه : قال (ش) و(ح) : إذا أعتقا معاً يقوَّم عليهما نصفيْن ، **لنا** : أنهما تقاوما في الآجال الضرر ، فتقاويان[2] في التقويم ، **احتجوا** . بقوله[3] ﷺ : (**مَن**

---

(1) كذا .

(2) كذا .

(3) تقدم تخريجه .

أعتقَ شِرْكاً له فِي عَبد) الحديثَ ، وظاهـره يقتضي تقويمَه على كل واحـد منهما ، كما لو ادّعاه الجميع كلاهما ، ولأنه لو انفرد كل واحد منهما عتق عليه الجميع ، فقد استوى السدسُ والنصف ، ولأن الفرق بينه وبين الشفعة : أن هذا جناية ، والمشتركان في الجناية لا يشترط تساوي إتلافهما ، بل أصل الإشتراكِ في الفعل والشفعة مال ، فيعتبر قدر المالية ، كاستحقاق كسب العبد .

والجواب عن الأول : أنّ الشفعة لو انفرد صاحب السدس أخَذَ الجميع ، وعند الإجتماع يجب التفاوت

وعن الثاني : ما تقدم في الأول .

وعن الثالث : لا يسلم أنّ العتقَ[1] إتلاف ، وإلاّ لِمَ اسقطت القيمة عن المعسر، بل يتبع في الذمة ، ثمّ إنّ الشريكين إذا أغْرمنَاهُما لأزالة الضرر فقد نفعناهما بثبوت الولاء لهما : فليس إتلافاً مطلقاً .

نظائر : قال أبو عِمران : ثلاثة مسائل تعتبر فيها الأنصباء دون الروُس : التقويم في العتق ، والفِطرة عن العبد ، والشفعة . وستة على الروُس دون الأنصباء: أجرة القاسم ، وكنس المراحيض ، وحراسة أعدال المتاعِ ، وبيوت الغَلاَّت ، وأجرة السقي ، وحارس الدابة والصيد لا يعتبر فيه كثرةُ الكلاب ، زاد العبدي : كنس السواقي ، فتكون سبعة .

فرع

في الكتاب : لا يجوز لأحدكما مكاتبة نصيبه بغير إذن شريكه ، أو بإذنه ، لأنه غرَرَ مع ضرر الشريك ، وداعية إلى عتق البعض بغير تقويم ، وأما إنْ دبَّره بإذنه جاز ، وبغير إذنه قُوّم عليه نصيب شريكه ، ولزمه تدبيرُ جميعه لأنه بعيبه ولا يتقاومَاه[2] وكانت المقاواة[1] عند مالك ضعيفة ، لأن الحكم تعيين في جهة المدبر والمقاواة تبطله ، وينقل الولاء .

---

(1) بالنسخة : المعتق .

(2) كذا .

فرع

في **الكتاب** : إذا أعتق معسر ، ثمّ قام عليه شريكه عند يسره : قال مالك : يقوَّم عليه ، ثمّ قال : إنْ كان يومَ العتق يعلم الناس والعبد والمتمسك بالرق أنه إنما ترك القيام لأنه لا يقوَّم عليه ، وأما لو كان العبد غائباً فلم يقم حتى أيسر ، ليقوم عليه ، بخلاف الحاضر ، لأن الغيبة مانعة ، وإنْ أعتق في يسره ، ثمّ قِيمَ عليه في عُسْره ، فلا يقوّم عليه ، لأن المعتبر في التقويم حالةُ الحكم ، فإن أعتق في يسره فقال الشريك : أقوم عليه ، ثمّ قال : أعتق ، لم يكن له إلاّ التقويم ، قال ابن يونس: قال محمد : لا يقوّم الغائب ولا المفقود ، قال ابن القاسم : يقوَّم الغائب الذي يجوز في اشتراط النقد فيقوَّم إنْ عُرِف موضعُه وصفتُه ويفتقر التقويم لِجواز[1] البيع ، قال ابن حبيب : لاَ يقوم حتى يعرض على المتمسك ، فإن أعتق فذلك له ، لأنه أولى بنفع ملكه ، قال أشهب : إذا أعتق موسراً فقلتَ : أقوم عليه ، فلما قمتَ وجدتَّه معدماً ، فهو عتيق عليه ، ويتبعه بالقيمة ، لأنه ضمنته في وقت لك تضمينه ، كمن أعتق وعليه ديْن عنده وفاءٌ بِه ، وقال ابن القاسم : تأخذ نصف العبد لعُسره ، قال اللخمي : التقويم يجب إذا كان المعتِق والمالُ والعبدُ والشريك حضوراً ، فإن غاب أحدهم[2] غيبة قريبةً أخّر التقويم حتى يقدَمَ المعتِق أو العبد أو المال ، ويكاتب الشريك الذي لم يعتق ، فيعتق ، أو يقوّم ويمتنع الشريك[3] من البيع ، فإن وقع فالأحسن : عدمُ النقض ، وإنْ غاب الشريك غيبةً بعيدَة قُوّم العبد ، ولا مقال له إذا قدم فقال : أنا أعتق ، لتقدم الحُكم بالتقويم ، وإنْ فلس المعتِق بيعَ للغرماء ولا يكمَّل العتق .

فرع

في **الكتاب** : إذا دبر أحدُهما جنينَ أَمتِهما تقاوياه بعد الوضع ، فإن أعتَق

---

(1) بالنسخة : بجواز .

(2) بالنسخة : احدهما .

(3) بالنسخة : ويمتنع الشريك من الشريك من البيع .

الجنينَ أو دبَّره ، وأعتق الآخر نصيبَه من الجارية ، قومت عليه ، وبَطَل تدبير الآخر وعتقُه للجنين .

فرع

في **الكتاب** : إذا أعتق موسر ، ثمّ باع الآخر نصيبَه ، نقض البيع وقوّم ، فإن كان المعتِق معسراً والعبد غائِب[1] ، فباع المعسر حصتَهُ على الصفة ، وتواضعا الثمن فقَبَضه المبتاع ، وقدم به ، والمعتق مليء ، أو لم يقدم به ، إلاّ أنّ العبد علم موضعه ، فخاصم في موضعه ، والمعتق قد أيسر ، فإن البيعَ يُنقَض ويقوَّم على المعتق ، قال ابن يونس : يريد : كان بموضع قريب يجوز فيه النقد .

فرع

في **الكتاب** : إنْ أُعتق صحيح فلم يقوَّم عليه حتى مرض ، قُوم في الثلث ، وكذلك أعتق نصف عبده ، قال غيره فيهما : لا يقوّم ، لأنه لا يدخل حكم الصحة في حكم المرض ، قالا : وإنْ لم يعلم بذلك إلاّ بعد موته فلا تقويم ، لأنه قال : المال والفلس كالموت ، قال ابن يونس : قال أصبغ : إذا أعتق في صحته ولم يعلم به حتى مَرِض ، حُكم الآن عليه بالتقويم ، ويوقف المال لحياته أو موته ، وينفَّذ الحكم عليه في ذلك ، فإن صح لزمته تلك القيمة ، أو مات فمن الثلث ، أو ما حمله الثلث ، ويبدأ على الوصايا ، قال ابن عبد الحَكَم : لا يقوَّم في المرض ، ويوقف أبداً ، أو إنْ أضر ذلك بشريكه حتى يموت فيعتق ما بقي من ثلثه ، أو يصح فمن رأس ماله ، إلاّ أنْ يعتق معه الشريك ، قال مالك : وإنْ لم يعلم بذلك إلاّ بعد الموت أو الفلَس ، لم يعتق منه إلاّ مَا عُتق ، قال أشهب : إنْ مات بقرب ذلك قُوّم في رأس المال ، لأنه حق لشريكه لم يفرط فيه ، وإنْ فرط لم يعتق في ثلث ولا غيره ، وقاله مالك ، قال[2] سحنون : لا يقَوّم وإن مات بقرب ذلك ، وعن مالك : إنْ أعتق بعض عبده في صحته فلم يتمّ عليه حتى مات مكانَه أو أفلس ، لم يعتق منه إلاّ ما عتق ، قال سحنون : وهو قول أصحابنا جميعاً .

---

(1) كذا .

(2) بالنسخة : قاله .

فرع

في **الكتاب** : إذا أعتق المعسر ورفع للإمام فلم يقوّم لعسره ، ثمّ أيسر فاشترى حصتَه شريكه ، لم يعتق عليه لبطلان حق الشريك مَعَ تقدم الحكم ، ولو لم ينظر في أمره بعد الرفع لقُوّم ، قال ابن يونس : أجمع أصحابنا أنّ معتِق الشِّقص يكون العبد بتقويم الإمام عليه حراً[1] بغير إحداث حكم .

فرع

في **الكتاب** : أعتق بعض عبده أو أم ولده عتق باقيهما ، لأنه إذا استُكمل عليه ملك غيره فأولى مِلك نفسه ، فإن فقد لم يعتق باقيه في ماله ، ووقف ما رق منه كماله إلى أَمَدٍ لا يَحيى إلى مثله فيكون لوارثه يومئذ ، إلاّ أنْ يثبت وفاته قبل ذلك فيكون لوارثه يوم يصح موتُه ، قال ابن يونس : وعن مالك : إنْ فقد بقرب العتق قوّم عليه في ماله الحاضر ، لأنه يتهم في الفِرار ، وإنْ تباعد لم يقوّم عليه لقيام الشك في حياته ، وقال محمد : يتلوم في المفقود بأجَل يختبر فيه حاله ، فإن لم يظهَر مُكّن المستمسك من حصته للبيع أو غيره ، فإن جاء أو عُلمت حياتُه وله مال حاضر ، نُقض البيع وقوم عليه ، ولو فقد العبد ، أو كان غائباً يعلم مكانه لم يغرم إلاّ بِحضْرَته بخلاف بيع الغائب على الصفة ، لأن ذلك لا يجوز النقد فيه ، وعتِق هذه على الصفة إنما هو على النقد لا بد منه ، لأن عتقه كالقبض فلا يعتق أبداً إلاّ بدفع القيمة ، وإنْ فقد المتمسك بالرق والعبد والمعتِق حاضِرانِ ، قال محمد : لا يضر فقده[2] وقوّم وضمت قيمتُه مع سَائر المفقود .

فرع

في **الكتاب** : إذا أُعتق المريضُ بعضَ عبده أو نصيبَه من عَبده ، ومالُه مأمون ، عتق عليه إلآن جميعُه ، وقوّم نصيب شريكِه لوجود سبب ذلك ، أو غير مأمون لم يعتق عليه نصيبُه ونصيب شريكه إلاّ بعد مَوته فيعتق عليه جميعُه في ثلثه ، ويقوم

---

(1) بالنسخة : حر .

(2) بالنسخة : نقده .

نصيب شريكه ، لأنه لا يعلم خروجُه من الثلث ، وإنْ لم يحمله الثلث عتق مبلغه ورق ما بقي ، فإن عاش لزمه عتقُ نصيبه ليبين زوال الحجر ، ولو أوصى المريض بِعتق نصيبِه بعدَ الموت لم يقوَّم عليه نصيبُ شريكه ، وماله مأمون أو غير مأمون ، لإنتقال المال للوارث وهو لم يعتق ، ولأن بتل عبده في مرضه وماله مأمون عجل عتقه ، أو غيره مأمون وهو يخرج من ثلثه وقف عتقُه حتى يقوّم بعد الموت في الثلث ، وما المالُ المأمون إلاّ العقار والأرض والنخل ، وعن مالك في المبتَّل في المرض قول ثان أنه عبد حتى يعتق بعد الموت في الثلث ، لأنه يجري مجرى الوصايا، وهي مَا[1] تعتبر بعد الموت ، ثمّ رجع عنه إلى ما تقدم . في **التنبيهات** : عن مالك قول ثالث : إذا بتل شِقصَه في مرضه يقوّم عليه ، له مال مأمون أم لا ، وظاهره: يقوَّم عليه الآن ، ولا يعتق إلاّ بعد الموت ، وعنه : قول رابع : لا يعتق عليه إنْ مات إلاّ شقصُه فقط ، إلاّ أنْ يصح فيقوّم ، إلاّ أنْ يكون له مال مأمون فيقوّم ، وخامس : يخيَّر الشريكُ بين التقويم وقبض الثمن ، ويبقى كلُه للمعتِق موقوفاً ، فإن مات عُتق عليه في ثلثه ، أو ما حمله ، ويرق الباقي للوارث ، وإنْ شاء تماسك الشريك حتى يموت شريكُه فيقوَّم في ثلثه ، قال اللخمي : إنْ كان المرض بِفَور العِتق في الإستكمال ثلاثة أقوال ، فعن مالك : من رأس المال أعتق بعض عبده أو نصيباً من عبد مشترك ، ومن رأس المال عند أشهب في المشتَرك دون ما هو جميعه له ، ولا في رأس المال ولا ثلث ، قاله الغير في **المدونة** ، وأعتق شقصاً منه في مرضه كما[2] عليه ، وبقي الأمر موقوفاً إنْ صَحَّ فمن رأس المال ، أو مات ففي الثلثُ ، قال عبد الملك : إذا أعتق نصيبَه في مرضه بَتلاً لا يقوَّم عليه حتى يَصح ، وإنْ مات لم يقوَّم عليه وإنْ حمله الثلث ، لأن التقويم لا يلزم إلاّ فيما يفضي إلى حرية نَاجِزة أو أَجَل قريب لا يرده دين، وهذا يرده الديْن إلاّ أنْ تكون أموالاً مأمونة فيقوَّم حينئذ ويعجَّل العتق ، وإنْ أوصَى بِعتقِ بعض عبده بعد الموت : قال

(1) بالنسخة : وهي اما .

(2) كذا .

مالك : لا يقوّم لإنتقال المال لَلوَارِث ، ولو أعتقه الآن وأوصَى بتكميله لَزِم شريكَه وإنْ أبى الآن التكميلَ . وفي **الجلاب** : قول أنه يكمل عليه في ثلثه وإنْ لم يوص ِبه .

فرع

في **الكتاب** : إذا لم يقوّم حتى مات العبد عن مال فهو للمتمسك فلا رِق ، لأنه رقيق ، ولا يقوّم بعد العتق ، لأنه لا يقبل القيمة ، فإن كانا اثنين فالمالُ بينهما بقدر ملكهما فيه ، قال يونس : قال مالك : إذا أعتقَ أحدَهم وكاتبَ الثاني وتماسك الثالث بالرق ، فمات العبد فمالُه بين المتمسك والمكاتب ، ويَرُدُّ مَا أُخَذ من الكتابة ، لأنه رقيق لَهما ، قال ابن القاسم : إنْ أعتق أحدَهما معسِراً فولد العبد من أَمتِه ولد فهو بمنزلتِه : نصفه حر ، ونصفه للمالك نصفَ ابيه ، فإن أعتق المتمسك حصته من الولد ، ثمّ مات الولد عن مال لم يعتق أبوه ، فَولاؤه وماله بين الشريكيْن . وفي **كتاب** ابنِ سحنون : لو أعتق العبدُ المعتَقُ نصفُه عبداً بإذن مالك نصفِه ، فمات العبد عن مال ، فماله بين السيدين دون العبد الذي نصفُه حر . وعن ابن القاسم : أنه للمتمسك بالرق خاصة .

فرع

في **الكتاب** : إذا أعتق نصيبه إلى أجَل : قوّم عليه الآن ، ولا يعتق حتى يحل الأجَل ، لأنه مقتضَى لفظِه ، قال غيره : إنْ شاء تعجل القيمةَ أو أُخَّرها ، وإنْ مات العبدُ عن مال أو قُتل ، فقيمتُه ومالُه بينهما ، لأن عتق النصف لا يتم حتى يمضي الأجَل ، وإنْ أعتقتَ جنين أَمَة بينكما موسِراً قوّم عليك بعدَ الوضع ، وإنْ جنى عليه فألقي ميتاً : ففيه ما في جنين الأَمَة ، وهو بينكما دون أخوته الأحرار ، لأنه رقيق قبل الوضع ، قال اللخمي : إذا أعتق إلى أجَل ، ولم يوجَد له الآن شيء ، فللشريك البيع وغيره ، قال ابن سحنون : ولو قيل : لا يقوَّم إلاّ عند الأَجَل لم أعِبْه إنْ قَرُب الأجَل أو بعُد ، وعن مالك : يُخَيَّر المتمسك في التقويم أو التماسك إلى

الأَجَل فَإذا حل كان كمن ابتَدأ عِتقاً يعمل فيه بسنة التقويم ، وقال عبد الملك : يخير بين التقويم الساعة ، ويأخذ القيمة للضرر الذي ادخل كله ، ويعتق كله إلى الأَجل بالحكم ، أو يتماسك تغليباً لِحَقّه لعدم تعيُّن العتق بموت المعتق قبل الأَجَل تغليباً لحقه ، ولا يبيع قبلَ الأجل إلاّ مِن المعتق ، لأن بيعه من غير عذر ، وإنْ أتَى الأجل وهو مُوسِر فَلَه القيمة ، أو معسر أخذ نصفَ العبد ، ولو أعتق الأول إلى سَنَةٍ ، والثاني إلى ستّة أشهر لم يقوَّم على واحدٍ منهما لاستوائهما في العتِق كما لو بتلا ، فإن أعتق الثاني إلى سنتين : فَعَلَى التقويم الآن وعدم الخيار غير الثاني في إسقاط السنة الزائدة ، فيصير عتقه إلى أَجَل صاحبه ، وإلاّ رد عتقه ، وعلى القول بالخيار بين تعجيل التقويم وتأخيره إلى السنة : لا يؤخر إلى حُلولها ، فإن حلت – والأولُ مُعسر – نفذ عتق الثاني إلى السنتيْن ، أو موسر : خُيِّر حينئذ بين إسقاط السنة أو يقوّم على الأول ، وإنْ أعتق الأول إلي سنة ، والثاني إلى موت فلان ، وقف الأمر ، فإن مات فلان عتق نصيب الثاني ، ويقف عتق الثاني إلى تمام السنة ، أو نقصت السنة قبلَ موته ؛ فأما إنْ تعجل الثاني عتقَه أو يقوّم على الأول ، وإنْ أعتق الأول إلى موت فلان ، والثاني إلى سنة مَضَى العتاق الآن على شرطهما ، فإن مات فلان قبل السنة : فاما ان يعجل الثاني عتق نصيبه أو يقوم ، أو انقضت السنة قبل عتق نصيب الثاني ، بقي الأول إلى موت فلان ، وإنما يراعَى في هذا يُسرُ الأول وعُسره عند ذهاب العتق في نصيبه قبل نفاذ عتق الثاني دون حالة يوم العتق ، فإن أعتق الأول إلى موت زيد ، والثاني إلى موت عَمرو ، وَمَات عَمرو عتق ما عُلق عليه ، وبقي الآخر حتى يموت زيد ، وإنْ مات زيد الأول عتق نصيبُ الأول ، والثاني : إمّا أنْ يعجل عتق نصيبه أو يقوم ، فإن أعتق أحدهما إلى موت نفسه والآخر إلى موت فلان فمات فلان أعتق نصيبُ مَن علق العتق بموته ثمّ ينظر ، فإن كان المشترط[1] بموته أو لا قبْل الآخر إما أنْ تعجل عتق نصيبك أو قوم على شريكك ، وإنْ كان التدبير قبلُ وَحَمَل

(1) بالنسخة : المشتر المشترط .

الثلث ذلك النصيب عتق ، ويقف الآخر الى موت فلان ، لأنه لا تقويم على ميّت ، فإن كان على الميت ديْن يرقه ، قُوّم نصيب الميت على الحي ، وإنْ لم يكن عليه ديْن ولم يحمله الثلث عتق ما حمله الثلث فاستكمل نفسه على الآخر ، لأنه أعتق من سبق فيه العتق من غيره ، وإنْ مات فُلان قبل والتدبير سابقٌ : أعتق مَن عُلّق لا لتقويم بموته ، ثمّ يختلف في نصيب المدبَّر هل ينتقض التدبير ويكمل على المعتق أو لا ؟ لأن العتق آكد من التدبير ، وفي **الجواهر** : إنْ أعتق الأول إلى سَنَة وعجل الثاني : قال ابن القاسم : تقوّم خدمتهُ إلى سنة فتؤخذ من الذي عجل ، ثم رَجَع فقال : يُقضَى عليه بعتق نصفه الآن ، وبنصفه إلى سنة ، ولا يؤخذ من هذا قيمة خدمته وولائِه ، فإن بتّل الأول وأجّل الثاني : قال ابن القاسم : يفسخ ويضمن للشريك حصتَه ، ويدفع له القيمة ، ويتنجز العتق ، وقال الشيخ أبو القاسم : إنْ أعتق الثاني أو كاتبَ أو دبَّر ، وشريكُه مُوسر ، لم يكن له ذلك ، وإنْ كان معسراً فله .

تمهيد

في **الجواهر** : إذا أعتق نصيبَه ففي عتق نصيبِ شريكِه بالسراية أو بالحكم : روايتان ، وللتقويم : ثلاثةُ شروطٍ : اليسار والمريض مُوسر في قدر الثلث ، والميت معسرٌ مطلقاً ، وإنْ رضيت باتباع المعسر لم يكن لك ذلك عند ابن القاسم ، وفي كتاب محمد : لك ذلك ، وإنْ يعتق باختياره ، فلو ورث نصفَ قريبه لم يقوّم ، بخلاف الهبة والشراء ، وفي **المنتقى** : إنْ وهبت له فقبله كمل عليه ، وإنْ لم يقبَله عتق الحر وحدَه ، قاله مالك ، لأن القَبول سبب في الضرر ، وقال عبد المَلك : لا يقوم مطلقاً ، ويعتق ذلك الحر مطلقاً ، لأن ترك القَبول إضرار بالقبول : وفي عدم القبول بالميراث ، ولم يحك غيرَ ذلك ، وفي **الجواهر** : سواء بين الهبة مطلقاً وبين الشراء ، قال في **الجواهر** : الشرط الثالث : إنْ توجه العتق إلى نصيب نفسه أو الجميع ، حق بتوجه العتق لنصيبه ، ولو قال : أعتقت نصيب شريكي لعا[1] ،

---

(1) كذا .

وأظهر الروايتين أنّ العتق إنما يحصل بالتقويم ودفع القيمة للشريك ، ويتفرع على الروايتين زمن اعتبار القيمة ، فَعَلَى أظهرهما يومَ الحكم إذا قصد عتق نصيبِه ، فإن عم في جملة العبد فيومَ العتق ، وقال عبدُ الملك : يومَ الحكم كالمعتق نصيبه خاصة ، ويتفرع[1] عتق الشريك لنصيبه ينفذ على الأصح : أنّ العتق بالحُكم ولم يوجَد ، وعلَى رِواية العِتق بالسراية ، لا ينفذ ، وكذلك بيعه لحصته ، وعلى المشهور : يقوَّم للمشتري كما يقوَّم للبائع ، وكذلك جميعُ أحكامه تتخرج على الروايتين من جنايته وحدوده وغير ذلك .

فرع

في **الجواهر** : إذا أُعتق بعضَ عبده إلى أجَل : قال مالك : يقوَّم عليه الآن فيُعتق إلى أجَل .

الخاصية الثانية : عتق القرابة ، وفي **الجواهر** : مَن دخل في ملكه أحدُ عمودَي النسب : أصوله وفصوله : الآباء ، والأمهات ، والأجداد ، والجدات ، وآباؤهم ، وأمهاتهم من قِبَل الأب والأم وإنْ عَلَوْا ، وفصوله : العمود الأسفل : الولَد ، ولد الولد ذكورهم وإناثهم وإنْ سفلوا : أُعتِقوا عليه دخلوا قهراً بالإرث أو اختياراً ، وكذلك أجنحة إخْوته وأخَوَاته من أي جهة كانوا ، دون أولادهم ، وهم أهل الفرائض في كتاب الله تعالى ، قاله في **الكتاب** ، قال عبد الحق : ومراده : الإخوة ، لأن الجد لأم يعتق ولا يرث ، وكذلك أولاد البنات ، وَرَوَى ابن وهب : العم خاصة ، وروي : كل ذي رحم محرم عليه بالنسَب ، وهو كل مَن لَو كان امرأة حَرُمت عليه ، وقاله (ح) وابن حنبل ، وروي : لا يعتق إلاّ الأصول والفصول خاصة ، وهو مذهب (ش) ، قال داود : لا يعتق أحد بالملك ولا يلزم ، لقول[2] النبي ﷺ : (**لا يَجزِي ولَدٌ وَالِدَه**[3] ، **إلاّ**

---

(1) كذا .

(2) رواه مسلم في العتق ، والبخاري في **الأدب المفرد** رقم : 15 وابو داود رقم : 5137 والترمذي (348/1) وابن ماجه رقم : 3659 ، عن ابي هريرة ، بلفظ : . . . مملوكاً . . .

(3) بالنسخة : ولد ولده .

أنْ يَجِدَه رَقيقاً فيَشْتَريه فَيُعتِقه) ولأن الأصل : عدم العتق ، **وجواب الأول** : أنْ الفاءِ هاهنا للسببية[1] ، أي يعتقه بسبب ملكه ، لقوله[2] ﷺ : **(النّاسُ غَادِيان ، فبائع نفسَه فمُوبِقُهما[3] ، ومشترٍ نفسَه فمُعتقها)** ولم يُرد مباشرة باللفظ[4] بالعتق بالتسبب بالطاعة .

وعن الثاني : أنّ الأصل : تقدم الملك فيعتق ، ثمّ أنه معارض لقوله تعالى : **﴿وَقَالُوا اتَّخَذَ الرَّحْمَنُ وَلَداً سُبْحَانَهُ ، بَلْ عِبَادٌ مُكْرَمُونَ﴾**[5] فأخبر بعدم الولَدية لأجل ثبوت العبودية ، فدَل على أنها متنافيان ، وقوله تعالى : **﴿وَقَالُوا اتَّخَذَ الرَّحْمَنُ وَلَداً ، لَقَدْ جِئْتُمْ شَيْئاً إِدّاً – إلى قوله – : إِنْ كُلُّ مَنْ فِي السَّمَوَاتِ وَالأَرْضِ إِلاَّ آتِي الرَّحْمَنِ عَبْداً﴾**[6] وفي الترمذي[7] : قال رسول الله ﷺ : **(من ملك ذَارَحِم فهو حُرٌّ)** **ولنا** على (ح) : أنه إنما يَتَمسك بظاهر الحديث المتقدم مَن مَلك ذارحم ، وهو مطعون عليه ، وبالقياس على الأصول والفصول ، والفرق : أنهما اختصا بأحكام من رد الشهادة والحجب في الإرث والتعصيب ، ويجب من الأب والإبن والأخ ما لا يجب لغيره إجماعاً. **ولنا** على (ش) : أنّ الإخوة يحجُبون الأم فأشبهوا الولَد ، ولأنهم يَرثون بالفرض ويرثون مع الجَد ، **احتجوا** : بأنهم لا بغضية[8] بينهم ترد بها الشهادة ، ولا تجب بها النفقة ، فلا يعتق كابن العم ، ولأن الأخ متردد بين العَمُودين وبين ابن العم ، فيلحق بأقربهما إليه ،

---

(1) بالنسخة : للسلبية .

(2) هذه جملة من حديث رواه مسلم في الطهارة والترمذي في الدعوات والنسائي في الزكاة ، عن ابي مالك الأشعري ، وأوله : الطهور شطر الإيمان ، والحمدلله تملأ الميزان الخ .

(3) بالنسخة : فموتفها .

(4) كذا .

(5) (الأنبياء : 26) .

(6) (مريم : 89) .

(7) رواه أبو داود رقم : 3949 والترمذي (255/1) وابن ماجه رقم : 2524 وابن الجارود في المنتقى رقم : 923 والبيهقي وأحمد وغيرهم عن سمرة ، بلفظ : من ملك ذارحم محرم. .

(8) كذا .

والأب مع الإبن يمتنع القَوَد بينهما ، ودفع الزكاة إليه والنفقة ومنع الشهادة ، وليس بين الأخ وأخيه شيء من ذلك ، فالحاجة بابن العم أولى .

والجواب عن الأول : لا يلزم من عدم البغضية عدم سبب العتق : لأن علل الشرع يخلُف بعضُها بعضاً ، والفرق بينه وبين ابن العم : ما تقدم .

والجواب عن الثاني : أنه قد تقدم أنّ للأخ مع أخيه أحكاماً نحو حجب الأم ، والارث مع الجد ، وفرض الواحدة النصف كالبنت ، فرده إلى الأب بهذه الأحكام أولى من ابن العم .

تفريع

في الكتاب : إذا اشترى بعضَ مَن يَعتِقُ عليه ممن يملك جميعَه ، أو ممن مَلَكَ بعضه بإذن مَن له بَقيَّتُه ، أو بغير أذنه ، أو قبله من واهب أو مرض أو متصدق ، أو ملكه بأمر لو شَاءَ دفعه عن نفسه فَعَل ، فإنه يعتق عليه ما ملكه ، ويقوَّم عليه باقيه إن كان ملياً ، وإلاّ فما مَلك ، ويخدم مسترِق باقيه بقدر ما رق منه ، ويعمل لنفسه بقدر ما عتق منه ، ويوقف ماله في يده ، وإنْ ابْتعتَ[1] مع أجنبي أباك في صفقةٍ جاز ، وعتق عليك ، وضمنت للأجنبي[2] قيمةَ نصيبه ، وإنْ ورثتَ شِقصاً منه فلا يعتق إلاّ ما ورثت ، لأنك لا تقدر على دفع الميراث ، وإنْ وهب لصغير أخاه فقبله اخوه جاز ذلك وعتق على الإبن ، وإنْ أوصَى لِصغير ببعض مَن يُعتق عليه أو ورثه ، فَقبِل ذلك ابوه أو وصيهُ ، فإنما يعتق عليه ذلك ، ولا يقوّم على الصبي بقيته ، ولا على الأب ، ولا الوصي ، وإنْ لم يقبل ذلك الأب او الوصي فهو حر على الصبي لوجود سبب العتق ، وكل مَن جاز بيعُه وشراؤه على الصبي فقَبوله له الهبة جائز ، وإذا مَلَكَ العبد المأذون مَن يُعتق على الحر لم يَبِعه إلاّ بإذن سيده ، ولا يتبع أم ولده إلاّ بإذن سيده ، لتعلق حق السيد بما في يده ، وإنْ عتق وفي يده مَن يعتق عليه عتق عليه ، وتبقى أم ولده أمةً له لصحة المِلك فيها ، وإنْ اشترى المأذون قريبَ سيده الذي يعتق على سيده لو

(1) بالنسخة : اتبعت .

(2) بالنسخة : الاجنبي .

ملكه ، والعبد لا يعلم بذلك عُتق لوجود السبب ، إلاّ أنْ يكون على المأذون ديْن يَغترِقُهم . وفي **التنبيهات** : قال سحنون : معناه اشتراهم بإذن سيده ، وفي مراعاةِ عِلمه قولان : فعن ابن القاسم : يعتقون علم أو لا ، في **النكت** : إنما افترقت مسألةُ مَن اشترى هُو وأجنبي أَباه من مسألة من أعتق شِركاً له من عبد وهو مُوسر ، ثم باع صاحبه نصيبَه : أنّ التقويم يجب ها هنا في العبد قبل بَيع الشريك لدخول المشتري على فساد ، لأنه لا يؤدي ثمناً لِيأخذ قيمة مجهولة ، ومسألة الأب لا يجب التقويم قبل الشراء إلاّ أنه[1] لا يلزم العتق إلاّ بثبوت الشراء ، قال سحنون : كيف يجوز هذا الشراء والأجنبي لا يدري ما يحصل له ، هل نصفُ الأب أو نصف قيمته التي رَجَع بها على الإبن ؟ قال عبد الحق : ويحتمل قول ابن القاسم أنه لم يعلم أنه أبوه ، فلم يدخل على الفساد ، وعلل منع المأذون بيعَ أم ولده إلاّ بإذن سيده : بأنها قد تكون حاملاً وحملها ملك السيد ، فلا يبيعه إلاّ بإذنه ، أو لأنها تكون له أم ولد اذا عتق على قول قائل ، فإن باع بغير إذنه : قيل : لم يفسخ إنْ لم يظهر بها حمل ، وإنْ باع مَن يُعتق عليه بغير أذن سيده فُسخ بيعُه ، لأنه يعتق عليه إنْ بقي في يده حتى يعتق ، قال : وعلى ما علل به أم الولد لا يتبع أمتَه التي يطأها إلاّ بإذن سيده ، وفرق ابن مناس : بأن أم الولد أَوقَفَها الأولاد بخلاف الأَمَة ، قال ابن يونس في كتاب أمهات الأولاد : إذا أوصى لَهُ ببعض أبيه[2] فقبله قُومَ عليه باقيه ، أورَدَّه بطلت الوصية ، وقال ابن القاسم : يعتق ذلك الشقص فقط ، وقاله مالك ، لأن رده بالقريب من غير فائدة ، قال مالك : إنْ اشترى بعض ما بقي بعد الإرث لم يعتق إلاّ ما ورث واشتَرى ، وكذلك[3] لو وهب له بعض الباقي . قاله مالك واصحابه إلاّ ابنَ نافع ، قال : يقوَّم عليه الباقي ، والمدبَّر والمعتَق إلى أجَل إذا مَلَك أباه لا يبيعه إلاّ بإذن سيده ، ما لم يمرض سيد المدبَّر ، أو يقرب اجل المعتَق ، فيمتنع إذن السيد ، لأنه لا يملك حينئذ انتزاعه ، وليس له بيع ما وُلد للمدبّر

(1) بالنسخة : الشرا لا أنه .

(2) بالنسخة : انه .

(3) بالنسخة : ولذلك .

أو المعتَق إلى أَجَل بعد عَقد ذلك فيهما ، وإنْ أذن السيد ، لأن الولَد يدخل في العَقد متأخراً[1] عنه ، قال محمد : والمعتَقُ بعضُه يشتري ذلك بإذن السيد فلا يبيعه ، وإنْ أذن السيد ، وإنْ أذنت للمكاتب في شراء من يعتَق على الحر ، فإنهم يدخلون معه في الكتابة ، وقيل : لا يدخل إلاّ الولَد والوالد ، وإذا اشترى مَن يعتق على سيده : قال غير ابن القاسم : إنْ كان على المأذون دَين يحيط بماله عتقوا ، ويَغرم سيدُه الثمن لأجل الدْين ، فإن كان غيرَ مأذون فلا يعتقون ، ويرد الشراء ، قال ابن القاسم : للمكاتب ملك أبوَي سيده وبيعهما ، ووطء الأم ، فإن عجز عتق من بيده ممن يعتق على سيده ، قال اللخمي : اختلف هل يعتق القريب بالملك أو الحكم ؟ وعلى الثاني : هل له انتزاع ماله قبل العتق ؟ فعن مالك : يعتق بالمِلك ، قال : والأحسن في الأبويْن عتقهم بنفس الملك لاتفاق فقهاث الأمصار على عتقهم بخلاف الأخوة للخلاف فيهم .

فرع

في **الكتاب** : إنْ اشتريتَ أباك بالخيار إنْ كان[2] للبائع ، لم يعتق إلاّ بعد زوال الخيار ، قال ابن يونس : قال مالك : إنْ اشترى لا يعتق مَن اشتراه من ذوي محارمه من الرضاعة أو الظهارة يتبعهم[3] إنْ شاء ، قال عبد الملك : إنْ اشترى مَن يعتق عليه بيعا حراماً لم يفسخ شراؤه ، وعتق عليه ، لأن العتق الإختياري يفيت البيعَ الفاسد ، فالإضطراري أولى ، وقاله ابن القاسم ، فإن لم يكن دفع الثمن ، ولا مالَ له غيره ، بيع منه بالأقل من القيمة أو الثمن ، وعتق الباقي ، لأن القيمة إنْ كانت أقل فهي التي وجبت لفساد البيع ، أو الثمن : فالزائد من القيمة إنما يلزم بعد العتق ، فهو ديْن طرأ بعد العتق ، فيتبع به في الذمة ، قاله ابنُ القاسم ، قال عبد الملك : إنْ اشترى أباه على عهدة الإسلام فهو حرٌّ بعقد الشراء ، ولا عهدة فيه ، قال ابن القاسم : وإنْ حبس البائع الأَب بالثمن فهلك فهو حر بالعَقد ، وإنْ اشتراهُ وعليه ديْنٍ بيع في دَينه ،

(1) بالنسخة : متأخر .
(2) بالنسخة : لكان .
(3) كذا .

وكذلك إنْ ورثه وعليه ديْن عند ابن القاسم ، لأن الديْن مقدّمُ على الإحسان الى القريب ، بخلاف الهبة والصدقة ، لأنه لم يدل فيهما بفتح[1] الميم وسكون التاء وهو التمثيل والنكال ، قال : ولم يختلف المذهب أنّ أزالة عضو منه وإنْ قل كَالظُّفر ، مثلة إلاّ في السن الواحدة ، وإنْ شوَّهه من غير تنقيص نحو كي الوجه : فأصلهم العتق ، وعليه ما في **الكتاب** ، أو حرق بالنار ، ولم يشترط ما اشترطه في الفرج ، والأشبه أنّ قولَه : في الفرج ، تفسير ووفاق ، وراعَى المَدنيون حلق الرأس في العليّ ، لأنه مُثلة فيهم ، واختلف في حلق شعر المرأة هل يطلق به أم لا ؟ وسجله بفتح السين المهملة ، وزِنباع ، بكسر الزاي ، وسَندر بفتح السين المهملة وسكون النون وفتح الراء المهملة ، ومعنى : مولى الله ورسوله ، أي عتق بحكمهما ، وقيل : ناصراه على مَن فَعل ذلك ، قال ابن يونس : قال مالك : إنْ قطع أُنملَتَه ، أو اذنه ، أو أرنَبته ، أو سِنهُ ، أو بعض جسده عتق عليه وعوقب ، قال أشهب : ويسجن ، قال مطرف : أو خزم أنفه ، أو سود أذنـه ، قال أصبغ : من جلل الأسنان أو الأضراس ، قال ابن وهب : إذ عرف بالإباق فوَسَمه في بعض جبهته : أنه عبد فلان ، عتق عليه ، ولو وسمه بمِدادٍ أو ابرة عتق ، خلافاً لأشهب ، قال ابن وهب : ويؤدب في حلق الرأس واللحية ، قال محمد : ولا يعتق بالمعض[2] في الجسد ، ولكن يباع عليه ، قال أشهب : ما لم يَقطع بذلك شيئاً من جسده يبين منه ، قال مالك : ولا يعتق بالمثلة إلاّ بعد الحكم خلافاً لاشهب ، وعنه : المثلة المشهورة لا تفتقر لحكم ، بخلاف ما يشك فيها ، وفي طريق الحديث[3] : (**مَن مَثَّلَ بعَبْدِهِ فَأَعتقوه**) ولم يقل : هو حر ، وعلى هذا إذا مات لا يعتق على الورثة ،

---

(1) وقع هنا سقط لا ادري قدره .

(2) كذا ولعلها : بالنقص .

(3) لم يوجد بهذا اللفظ وبمعناه تقريباً أحاديث انظرها في (**جامع الأصول** 76/8–37–78) وما كتب عليه مخرجه الشيخ عبد القادر الأناؤط حفظه الله . ومنها ما عند البخاري في **الأدب المفرد** 740 باب من لطم عبده فليعتقه ، وفي صحيح مسلم في الإيمان ، باب صحبة المماليك وكفارة من لطم عبده ، عن ابن عمر مرفوعاً : من لطم عبده أو ضربه حدا لم يأته فكفارته عتقه .

وإذا رفع للإمام وعليه ديْن محيطٌ به بِيعَ ، وإنْ فلس أو مات : قال سحنون : لا يعتق لسبي [1] وقال سحنون : وإنْ ضرب رأسه فنزل الماء في عينيْه فليس بمثلة ، وإذا عتق تبعه ماله ، وقال أصبغ : إنْ استثناه عندما مثل ، أو بعد المثلة ، قبل الحكم عليه بعتقه ، وقبل أنْ يشرف على الحكم ، فذلك له ، وأما عند الحكم فلا ، لأنه قبل الحكم يورث بالرق ، ويدركه الديْن . قال سحنون : إذا فقأ عينه ، وقال : خطأ ، وقال العبد : عمداً ، صُدق العبد على السيد ، والمرأة على الزوج ، بخلاف الطبيب لأنه مأذون له ، ثم رَجَع فقال : يصدق السيد والزوج ، لأنهما عازمان ، قال اللخمي : يعتبر العبد وإلا زالت أو شين [2] : وأنّ الممثل بالغ صحيح العقل ، وهي ثلاثة أوجه ، وفي الأول أربَعة أقسام ، يعتق في واحد للعمل على وجه العذاب دون الخطأ ، وعمد المُداوَاةِ وشبه العَمْد [3] كحذفه بسيف فيُبين عضواً ، قال ابن دينار : إلاّ أنْ يقصد المثلة في مثل ما يقاه [4] من أبيه ، لأن الغالب شفقة الإنسان على ماله ، وقد يريد تهديدَه دون التمثيل ، وإذا احتمل أُحلف وتُرك ، وكذلك لا يعتق بضرب الرأس إن نزل الماء ، لأنه قد لا يقصد نزول الماء ، ويُصَدق السيد ، إلاّ أنْ يكون معروفاً بالجرأة ، وإنْ زَالَ الشين وبقي اليسير لا يعتق ، وإنْ أبطل [5] أُنملة أو أصبُعا فلم يُبنها لم يُعتق ، لأنه لا يستحق كثيرَ شيء ، ويعتق بإبطال الكف ، واستحسن اصبغ العتق بإزالة سِنّين من الثنَايا لانها سبق [6] ، بخلاف ضرسين ، وفي **الموازية** : يعتق بِقطع طَرَف الأذُن ، والأحسن : العتق بإزالة اللحية إذا كان شيء لا يعود معه ، ويُعتق على الممثّل بستة شروط : أنْ يكون بالغاً ، عاقلاً ، حراً ، رشيداً مسلماً ، لا دَيْنَ عليه، لأن عمد الصبي والمجنون كالخطأ ، واختلف في أربعة :

---

(1) كذا .

(2) كذا ولعله : يعتبر العبد وازالة الشين .

(3) بالنسخة : العبد .

(4) كذا وعليها * علامة التوقف عند الناسخ .

(5) بالنسخة : بطل .

(6) كذا . ولعلها : شين .

السفيه ، والمديان ، والمريض ، وذات الزوج ، فأعتق أشهب على السفيه والمديون[1] ، لأنها جناية حدُّها : العتق ، وقال ابن القاسم : لا يعتق عليهم كابتدائهم العتق ، وقال في المريض يُمَثِّل : العتق عَليه إنْ مات في ثلثه ، وعلى ذات الزوج في ثلثها أو ما حمله ، وعلى اصل اشهب : من رأس المال في المريض وذات الزوج ، والعتق على العبد أبين ، لأن السيد ملكه فتجري عليه أحكام الأموال كالحُرِّ ، قال ابن القاسم : لا يعتق على الذمي كابتدائه العتق ، وأعتقه أشهب ، لأنه من التظالم ، ويعتق بالمُثلةِ : المدبَّرُ ، والمعتَق إلى أجَل ، وإنْ مثل بعبد معتقه إلى أجَل قَبل قرب الأجل ، أو عبد مدبَّره ، وأم ولـده في صحته ، عتق عليه ، لأنه انتزاع أموالهم بخلاف قرب الأجَل ، قاله مالك ، ولا يعتق عند ابن القاسم إلاّ بما يعتق به المعتق إلى أجَل ، وعلى قَوْل ابنَ نافع : كعبد نفسه ثمّ يكون الحكم لأن له انتزاع ماله مَا لَم يُعتق ، وكذلك عبد المدبَّر وأم الولد إذا كان في مرضه فهما سواء عند مالك وابن القاسم ، وهو كعبد الأجنبي ، وعلى قول ابن نافع كعبد نفسه ، ثمّ يكون الحكم فيهما كمثلته بعبد فيختلف هل يعتق من رأس المال أو الثلث ؟ فَمَن جَعله من الثلث قَدَّم المدبَّر على الممثَّل به لأنه عزره[2] بِمثلة الهند[3] أي عتقاً في المرض وله مدبَّر ، ومَن قال : من رأس المال قدّمه على المدّبر وإنْ سَقَطَ التدبير ، واذا قُدم المدّبر لم يعتق الممثَّل إلاّ أنْ يحمل الثلث قيمتهما ، قال ابن يونس : قال ابنُ وهب : يُعتق على السفيه ، ويتبعه ماله كالإتلاف ، قال مالك : وإذا أُعتق أم ولده تبعها ، وقال ابن القاسم : يعتق عليه ولا يتبعه ماله ، ثمّ قال : لا يعتق عليه ، ومَن لا ينفَّذ إعتاقه لا يُعتق عليه بالمُثلة .

فرع

في **الكتاب** : أنْ مثّل بمكاتبه عُتق عليه ، وعليه في تلك الجناية ما على

---

(1) كذا .

(2) كذا .

(3) كذا .

الأجنبي ، لأنه خارج نفسه وماله ، ويقاصّ بالأَرش في الكتابة ، فإن ساواها عتق وإنْ نَافَت[1] عليها الكتابة عتق ، ولا يتبع بنفسها ، وإنْ نَافَ الأرش عليها اتّبع المكاتب سيده بالفضل وعتق ، وإنْ مثل بعبد مكاتبه لم يعتق عليه وعليه ما نقصه ، لأن المكاتب حَازَ مالَه ، إلاّ أنْ يكون مثله مفسدة[2] فله تضمينه كالأجنبي ، ويعتق عليه ، وكذلك عبد امرأته مع العقوبة في العمْد ، قال اللخمي : إنْ كان الأرش أقلَّ حَاسَبَه به من آخر نجومه ، والمثل والجرح سواء ، وقال أصبغ : لايتبع سيده لعدم خلوص حريته ، وحوزه حالةَ الجناية .

فرع

قال اللخمي : مثلتُه بعبد ولَده الصغير كَعبد نفسه ، لاستيلائه على ماله إنْ كان موسِراً بقيمته ، أو فقيراً لم يقوم عليه ، فجعل ابن القاسم تمثيلَه ابتداء ، قال : وليس بالبيِّن ، لأنه إذا اعتق الزم نفسه القيمة ، وها هنا بحكم القهر الشرعي ، ومثلتُه بعبد ولده الكبير كالأجنبي ، إلاَّ أنْ يكون الولد سفيهاً في ولايته ، فيعتق عليه عند ابن القاسم .

فرع

قال : إذا مثل بعبد أجنبي ولم يبطُل الغرض الذي يكتسب لأجله ، فعليه أرش الجناية ، وإنْ أبطلته الجناية : فثلاثة أقوال : يقوم على الجاني حراً ، وإنْ لم يقُم بذلك السيد لم يعتق ، لأنه حقه ، وقيل : يقدم خيارُ السيد إنْ اختار الرجوع بالأرش صار العبد إليه يغرم القيمة ، لأن الحديث إنما جاء في مُثلته بعبد نفسه ، ولأن العتق يسرع السادات إلى ذلك ، والأجنبي لا يسرع لمال غيره .

فرع

قال ابن يونس : إنْ مثل بعبده النصراني : قال ابن القاسم : لا يُعتق عليه ، لأن الحديث واردٌ في المسلم ، وهو قاصر عنه ، وقال أشهب : يعتق ، قياساً على المسلم .

---

(1) بالنسخة : تافت .

(2) كذا ولعلها : إلاّ أن تكون مُثلةً مفسدة .

نظائر : قال ابن بشير : شروط العتق بالمثلة ستة : أنْ يكون الممثل بالغاً ، عاقلاً ، مسلماً ، حراً ، رشيداً ، مدياناً .

الخاصية الرابعة : امتناع العتق لحِجر المَرَض أو الدْين . **وفي الكتاب** : إنْ اعتقهم في صحته وعليه ديْن يغترِقهم لاَ مال له سواهم ، لم يجز عتقُه ، لأن الديْن مقدم على التبرع ، أو لاَ يغترقهم ، بِيع من جميعهم بمقدار الديْن بالحِصاص لا بالقُرعة ، لتعلق حق الجميع بالعتق ، وعتق ما بقي ، وإنما القُرعة في الوصايا ، وعتق المرض ، وَلاَ يجوز لمن أحاط الديْن بماله عتقٌ ، ولا هبةٌ ، ولا صدقة ، وإنْ بعُد أجَل الدين إلاّ بإذن غَريمه ، لأن المال تعين لقضاء الديْن ، وهو مُقَدَّم[1] على التبرع، وجوزه (ش) ، لأن الديْن متعلق بالذمة ، **وجوابه** : لا فائدة في الذمة إذا عدم المال ، ولذلك شرع التفليس ، ولا يطأ أَمة رُد عتقُه فيها ، لأن الغريم إنْ أجاز عتقه أو أيْسر قبل أنْ تباع ، عتقه ، وبيعه ، ورهنه ، وشراؤه جائز ، لأنه لا يخل بالمال ، بل لنميه[2] ، وإنْ باع عبدك سلعتك بأمرك ، ثمّ استُحقت بعد عتقه ، ولا مال لك فلا رد للعتق ، لأنه ديْن لحقك بعد العتق ، وإذا أعتقتَ وعليك ديْن ولك عَرض أو مال غير العبد يَفِي[3] بالديْن ، فلم يقُم الغرماء حتى هلك العَرض ، فلا يردوا المعتق وإنْ لم يعلموا ، ولا يباع لهم إلاّ ما كان يباع لهم يومَ العتق بعد إدخال المال الكائن يومئذ ، وكذلك التدبير لتقدمه على حقهم فلم يصادِف حِجراً ، بخلاف[4] الخلاف ، لأنه لا يكاتب بعضُ عبد ، ويباع في الديْن إلاّ أنْ تكون الكتابة إنْ بيعت وبعضها كفافاً لديْن ، فباع ولا يرد الكتابة ، قال ابن يونس : قال سحنون : إنْ وَطِيء جارية ردّ الغرماء عتقه فيها ، أو وطِيء جارية أوقفها الحاكمَ للبيع فَحَملت ، إنْ عُذر بالجهالة لا شيءَ عليه ولا أدَب ، وإنْ وَضَعت

(1) بالنسخة : معدم .

(2) كذا .

(3) بالنسخة : بقي .

(4) كذا .

ولم يُعِدْ مالاً[1] بِيعتْ هي وولدُها[2] حر ، لأنه سبب قد تقدم الديْن عليه . ومنع الحاكم والولد[3] على الحرية ، لأنه ولد السيد من أَمَته ، وكذلك إنْ وطئها بعد الإنفاق وقبلَ العتق ، إذا وطئها قبل العتق فحَمَلَت لا تباع إلاّ أنْ يكون الحاكم انتزعها ووقفها للبيع[4] . فوطئها فَحَمَلت ، فها هنا تباع ، قال : والصواب : التسوية بين إيقاف الغرماء والسلطان ، لأن ضمانَهَا منه في الوجهيْن ، قال : وكذلك عندي لو تشاور الغرماء في تفليسه ، فقال : أنا اقفها بالولادة ، وشهد على قوله ، فإنها تُباع بعد الوضع ، لتسببه في إتلاف أموالهم ، كبيع العامل الميراث ، قال ابن القاسم : إنْ تصدق ، أو أعتق ، ثمّ قام الغرماء وأَثبتوا أنه لا وفاء عنده حين الصدقة ، فإن لم يعلموا بالصدقة ردها الغرماء ، وأثبتوا أنه لا وفاءَ عنده لا الفضل[5] عن دَينهم ، ولا يرد العتق إنْ طال زمانُه ووارث[6] الأحرار ، قال مالك : وترد الصدقة وإنْ طال الزمان ، إلاّ أنْ يسري خلال ذلك ، ولا يرد إنْ أعدم بعد ذلك قبل قيامهم ، قال أصبغ : والتطاول في العتق الذي ربما أتت على السيد أوقات أيسرَ فيها ، وينزل الغرماء على أنهم عملوا لطول الزمان ، ولو تيقنا بشهادة قاطعة عدمَ اليسار وعدم علمهم فرد4 عتقه ، ولو أولد له سبعون[4] ولداً .

قال ابن عبد الحكَم : إنْ قاموا بعد ثلاث سنين وهم في البلد صُدّقوا في عدم العلم ، وإنْ قالوا : علمنا العتق دون عجزه عن الوفاء يمضى العتق بقدر ديْن مَن علم العتق بالحَصَص : قال مالك : إنْ أعتق وله ما يَفِي بنصف دَينه ، وأفاده بعد العتق ، ثمّ ذهب ، رد من العتق بقدر تمام دَينه ، لأنه متعلق الحجر دون غَيره ،

---

(1) كذا ولعله : ولم يعذر . وما بعده غامض .

(2) بالنسخة : وولدها .

(3) بياض بقدر كلمة .

(4) بياض بقدر كلمة .

(5) كذا .

(6) كذا .

قال محمد : وإنْ أفاد بعد تلف هذا المال بما يفي بنصف دَينه أيضاً فلم يقُم الغرماء حتى ذهب ، فلم يرد من العتق شيء ، وقاله ابن القاسم ، وإنْ أعتق عبدَيْن معاً وعليه دَين مثل نصف قيمتهما ، فمات أحدُهما فلا يباع من الثاني إلاّ ما كان باع منه لو لم يفُت الآخر ، وكذلك لو أعور[1] أحدهما ، لأنه مقتضى السبب السابق ، ولو أعتق واحداً بعد واحد وفي الأخِير[2] كفافُ الدَّين عتق الأول ، أو أقل من الدّين بيع من الأول ببقية الدّيْن ، وإنْ لم يبع الآخر حتى نَقَصت قيمةُ الآخر بحَوالَةِ سُوق ، أو نقص بَدَنٍ ، لم ينظر لذلك ، وعتق الأول ، أو ما كان يعتق منه يومَ العتق ، قاله كلَّه ابنُ القاسم ، قال محمد : إنْ حالت قيمتُه بزيادة ، ثمّ نَقَصت . فليحسب[3] المفلس لدفع قيمته بلغت الآخر[4] ، وإنْ أعتق عبدَه وعليه ما يغترقُ نصفَ قيمته يومَ العتق لم ينظَر إلاّ ما زاد بعد ذلك أو نقص من القيمة ، وينبَذ عتق مالك الحصة ، أما النقص فعم[5] ، وينبغي في الزيادة الاّ تباع إلاّ بقدر الدَّين ، وذلك يزيد في عتقه ، قال أصبغ : أعتق جارية قيمتُها ألف ، وعليه تسعُمائة ، فإن بِيع منها للدَّين لم يكن في بعضها وَفَاءٌ ، وإنْ بيعت كلها بيعت بأكثر منها ، قال : تباع كلها ، ويمنع[6] بما بقي من ثمنها بعد قضاء الدَّين ما شاء ، وإنْ يئس أنْ يباع منها بتسعمائة ولو أكثر من تسعة أعشارها ليبيع ، وعتقت الفضلة ، ولو تأخر بيعها حتى حال سوقُها فلا تساوي تسعَمائة ، فإنما يباع منها اليومَ ما يباع قبل ذلك ، ويتبع بالباقي في ذمته أو بزيادة لم يبع إلاّ كفاف الدين بحصول المقصود ، وعن مالك : إذا بعضه[7] لم يوف بالدَّين لتعينه بالحرية ، إذا[8] بيعَ كلَّه كان أكثرَ من

---

(1) كذا .

(2) بالنسخة : الأجير .

(3) كذا ولعله : فليحاسب .

(4) كذا .

(5) كذا دون نقط .

(6) كذا .

(7) كذا .

(8) كذا ولعله : وإذا .

الدَّين ، يباع كله ، ويستحب جَعل الفضلِ في حرية .

قال ابن عبد الحكَم : إنْ أعتق عبديْن قيمةُ كل واحد مائة ، وعليه خمسون ، وإنْ بيع من كل واحد جزء ، لم يكف الدين لدخول الحرية ، وإنْ بيع كل واحد منهما كان ثمنُه أكثر من الديْن ، فيُقرع بينهما فيباع الخارج بالقرعة . ويَصنَع بفضل ثمنه ما شاء ، ويعتق الآخر ، قال ابن عبد الحكَم : وكذلك إنْ مَاتَ عن مدبَّرٍ قيمتُه مائة ، وعليه عشرون ، وإنْ بيع جزء بالديْن لم يبلغ الديْن ، فيباع كله ويقضى الدين ، ويفعل الوارث بالفاضل ما شاء ، لأنه مال أذن[1] إليه الاحكام[1] لا عتق فيه ، قال سحنون : يباع على التبعيض فيقال : من يشتري منه بعشرين ؟ فيقال : زيد أخذ ربعه ، ويقول آخْرجه[2] حتى ينته[2] ، فهو العدل ، قال محمد : إنْ أعتقهم وعليه ديَن يحيط ببعضهم فلم يَعلَم الغرماء حتى ادَّان ما يحيط ببقيتهم ، قال ابن القاسم : لا يباع إلاّ قَدر الدّين الأول بفلسه ، لأنه الذي تقدم العتق ، وقال أشهب : يباعون كلهم حتى يستوفي الأول والآخر ، لأنه إذا دخل الآخر مع الأول لم يستوف الأول حتى يستوعب الجميع ، والصواب : لا يباع الأول ، ويدخل الآخر ، قال ابن القاسم : إنْ دَبَّره وعليه دَيْن يحيط ببعضه ، ثمّ ادَّانَ ما يغترقه ، بِيعَ بقدر الدَّيْن الأول ما حده الدَّين الأول ، ولا يدخل فيه الآخر ، ولا يباع له شيء وقد بَقي له ما يباع بعد موت السيد ، وإنْ ابتاع بيعاً فاسداً ، وأعتق قبل دفع الثمن ، وقيمته أكثر ، وليس له غيره : قال أشهب : يرد منه قدر الثمن ، لأن القيمة تحددت بعد العتق ، وقاله ابن القاسم ، قال اللخمي : إذا بِيع الجميع لأن البعض لا يوفي منه بالدَّين لتعيُّنه بالحرية ، وجب جعلُ الفضل في عتق ، وإذا كانوا عدداً ، والعتق في الصحة ، بيع في الدّين بالحِصَص ، ولا مقال للعبيد في العتق وفيمن يباع ، إلاّ أنْ يكون متى يبع بالحِصَص لا يفضل للعتق لعيب العتق ، فيقرع فيمن يباع للدَّيْن ، ويعتق الباقي ، وإنْ بتل في المرض أو وصى بالبيع للدَّين

(1) كذا .

(2) كذا .

حسب ما كان العتق ، إذا ضاق الثلث ، ولم يُجز الورثة ، فيباع بالقُرعة بعد قضاء الدَّيْن بالقُرعة . وإذا وقع بالقرعة للبيع عبدٌ وبعضُ آخر ، لم يُبَع البعض حتى يقرع على نفسه ، فإن خرج للعتق بِيعَ على أنّ بقيتَه حر ، وللورثة فعلُ ذلك نَفْياً للغَرر في البيع ، فإن بيع قبل عِلم المشتري فإنَّ بقيتَه حُر أو رقيق فَسدَ البيعُ ، وإنْ كان معه مائة ، ثم ذهب للذي أفاد وذهب المائة الأولى إذا ذهب جميع ذلك[1] ، يمضي العتق لحصول كمال اليسار بعد العتق ، وفي الموازية : إذا أفاد بعد ذهاب الأول بمعنى العتق ، فإن ارد العتق ، وأفاد بعد قبل البيع أو بعده[2] . قال مالك : ينفذ العتق وإنْ قع قبل انفاذ البيع ، لأن بيع الإمام بالخيار ثلاثاً ، وقال ابن نافع : رد الإمام يمنع العتق ، وإنْ افاد مالاً ، وفي **مختصر الوقار** : إنْ أفاد بالقرب عُتقوا وإلاّ فلا ، وإنْ لم يرد العتق حتى مات العبد عن مال وله ورثة أحرار ، أو مات له ولد حر وخلَّف مالاً ، ثم أجاز الغرماء العِتق لم يورث ، ولم يرث بالحرية ، وفي هذا خلاف لأشهب ، والأول في **الكتاب** ، لأنه عبد حتى يعلم العلماء ويخير قال ابن يونس : قوله أولَ الفرع : إذا استُحقت السلعة بعد العتق لا يرد العتق ، هذا إذا كان الثمن بيد السيد حين أعتق أما إنْ تلف أو أنفقه قبلَ العتق رد العتق ، لأن السلعة لم يكن[3] له مال ، ولو كان له رجوع بالثمن على أحد لم يرد العتق حتى يوئس من الثمن ، ولو كان إنما قام المبتاع السلعة[3] بعيب فقد هَلَك الثمن ولا شيء للبائع ، لم ينقص من العتق إلاّ قدر قيمة العيب ، ردَّها بقيمتها ، أو فاتت ، وأخذ الأرش ، ولا يقبل في ذلك إقرار البائع ، ولا يقبل العيب إلاّ بالبينة ، ويتبع بحصة العيب ديناً إنْ أقر ، قاله محمد ، وهو تفسير لقول ابن القاسم ، قال بعض القرويين : وهذا بخلاف ما في كتاب الرهن ، إذا زَوَّج أمة وقبض صَداقَها ، ثم أعتقها الزوجُ قبل البناء ، يرجع بنصف الصداق ، فوجد السيد عَديماً ، لا يرد

---

(1) كذا والكلام قبله غامض .

(2) كذا في الكلام غموض .

(3) كذا .

العتق لوجوب نصف الصداق بعد العتق بالطلاق ، ولو شاء الزوج لم يطلق ، ولو طلق قُبل ، ثم اعتق السيد بعد معدماً ، رد من العتق بقدر نصف الصداق ولو تزوجها تزويجاً يجب فسخُه قبل البنا ، ثم أعتقها قبل الفسخ ، ثم فسخ فوجد السيد عديماً ، رد العتق ، لأن الصداق من حين قبضه ديْن عليه لفساد النكاح ، قال محمد : إنْ حلف بحرية عبده ، فباعه وقبض ثمنه وأتلفه ، ولا شيء له غيره ، عتق ويتبع لوقوع الحنث ، فالعتق قبل إتلاف الثمن ، قال : ويشكل قولُه ، لأن العتق إنما يتم فيه بالحكم ، فقد لحقه الديْن قبل إنفاذ العتق ، ولو استحلفته في بيع بحرية عبده : ليدفَعَنَّ لك الثمن إلى أجَل كذا ، يحنث ولا شيء له غير العبد ، فَلَكَ رد عتقه لتقدم الدَّين ، قاله أصبغ ، وقال ابن وَهب: لا يرده استحساناً ، كان التحليف تسليماً للعتق ورضاً به ، وإذا أعتق المديان ، ليس له ولا للغريم البيع دون الإمام ، فإن باعوا بغير أذنه ، ثم رفع للإمام وقد أيسر ، رد البيع ، وإنما ينظر في ذلك ليسره يومَ الدفع ، فلو تقدم اليسار وَيومَ الدفع هو معسر ، ولم يعلم الغريم حتى أيسر ، نفذ العتق ، ولو باعهم الإمام ، ثمّ اشتراهم بعد يسره لم يعتقوا ، لأنه حكم حاكم .

قاعدة : كل ما هو مفتقر إلى فحص وتلخيص[1] وتختلف فيه الأحوال لا يقع إلاّ بحكم حاكم ، ولا يكفي فيه وجود سببه ، ولا يحتاج للحاكم ، فطلاق المعسر يحتاج لتحقيق الإعسار ، وتقدُّم الدَّين ، والحالف : ليضربَن عبدَه ضَرباً مبرِّحاً ، يحتاج العتقُ عليه لتحقيق أنّ ذلك الضربَ من قَبيل ما يباح أو يحرم ، وهل جناية العبد مبيحة أم لا ؟ يفتقر جميعُ ذلك للحاكم ، وهكذا إذا لم يحتج لتلخيص ، لكن الخلاف فيه قوي ، كالإعتاق على الشريك ، أما إنْ ضعف الخلاف واستغني عن التلخيص اكتفي بالسبب ، كمن حلف : إنْ لم يشرب اليومَ خمراً فأمرأتُه طالق ، أو عبده حرٌّ ، أو عَليه صدقة ، لزمه ذلك عقيب تلطفه[2] .

---

(1) كذا .

(2) كذا .

فرع

قال ابن يونس : قال مالك : إذا بتل في مرضه عتق عنه ، ثم مات السيد وله أموال مفترقة ، يخرج من ثُلثها ، فهلك العبد : قيل جميعها[1] لا يرثه الأحرار ، لأن عتقه إنما يتم بعد جميع المال ، وخروج العبد من ثلثه ، قال بعض المشايخ : إنْ اشتريت عبداً فأعتقَه وورث وشهد ، ثم استُحق إنْ أجاز المستحق البيعَ نفذ العتق والميراث وغيره ، وإلاَّ بَطَل الجميع ، قال : والفرق بينه وبين عتق المديان : أنّ عِتقَه[2] عُدوان على الغرماء ، ولو كنتَ تعلم أنّ العبدَليس ملك البائع كنتَ متعدياً ، واستوى الحكم ، ولا ميراث بالشك ، قال ابن يونس : وإنْ لم يعلم الغرماء المديان حتى ورث ، ثم أجازواْ العتقِ ، لنفذت الأحكام كالمشتري ، وقد قال مالك وابنُ القاسم : إنَّ عِتقَ المديان على الإجازة حتى يرد ، وفي **الكتاب** : إنْ بتله في مرضه وقيمته مائة لامال له غيره ، فهلك العبد قبلَه ، وترك ابنته حرة وترك ألفاً فقد مات رقيقاً وماله لسيده ، ولو كان له مال مأمون كالعقار يخرج العبدُ من ثلثه نفذ عتقه ، وَوَرِثْه ابنتُه والسيد نصفين ، وقيل : لا ينظر لفعله إلاّ بعد موته ، له مال مأمون أم لا[3] من أعاد للطوارىء البعيدة .

فرع

في **الكتاب** : إذا[4] بتَّل المريض عِتق رقيقه وعليه ديْن وعنده وفاء فلم يمت حتى هَلَك مالُه ، فالديْن يرُد عتقَه بخلاف الصحيح ، لأن فعل المريض موقوف ، وكذلك وصيتُه بعتقهم ، فإن اغْترَقَهم[5] الديْن رقوا وفيهم فضل أقرع[6] بينهم أيهم يباع للديْن ، ثم يقرع بينهم فيمن يعتق في ثلث بقيتهم ، فإن خرج أحدُهم وقيمتُه

---

(1) كذا .
(2) بالنسخة : إن اعتقه .
(3) كذا .
(4) بالنسخة : اذ .
(5) بالنسخة : اعترفهم .
(6) بالنسخة : اعرع .

أكثر من الديْن ، بِيعَ منه بقدره ، وأقرع للعتق ، فإن خرج بقية هذا وفيه كفاف الثلث ، عُتقت بقيتُه ، وإذا[1] كثر عُتق منه بقدر الثلث ، وباقيه للورثة ، وإنْ لم تَفِ بقيته أعتقت بقيتُه ، وأعيدت القُرعة حتى يكمل الثلث في غيره ، وكذلك يعاد في الديْن إنْ خرج من لا يكفي الديْن حتى يكمل الديْن ، وإنْ بيع بعضُ عَبْده ، ثم يقرع للعتق كما تقدم .

فرع

قال : إنْ اشترى أباه وعليه ديْن يغترقه بيع في دَينه لأن الديْن مقدَّم على بِر الوالد ، أو ليس عنده إلاّ بعض ثمنه ، رُد بيعُه ، قاله مالك ، وقال ابن القاسم : يباع منه ببقية الثمن ، ويعتق ما بقي جمْعاً بين الحقَّين ، وقال غيره : يُمنع في السنَّة أنْ يَملِك أباه إلاّ للعتق ، فإذا كان عليه ديْن يرده فهو خلاف السنة إنْ تملكهُ فيباع في دَينه . في **التنبيهات** : غيرُه[2] : هو المغيرة ، واختلف هل ملك[3] أو لا لايعتق عليه كقوله يرد البيع في الثاني ، قاله القابسي ، وقال أبو محمد : هما مختلفان ، ولا يرد في الأول ، ويباع في الديْن بخلاف الثانية : قال : والأول الصحيح ، وقد بينه مالك في **المبسوط** ، وقول المغيرة حجة لمالك ، ولذلك أتى به سحنون ، قال ابن يونس : الفرق عند مالك بينهما : أنّ في الأول ليس له شراؤه ودَفعُ جميع ثمنه ، ولا حجة للبائع إذا قبض جميعَ ثمنه ، ولا عليه إذا باع جميع ما يجوز له ، ويباع في ديْن الإبن إذا تلف ثمنُه مال غرمائه ، وفي الثاني : لم يدفع جميعَ الثمن ، فللبائع نقضُ البيع ، إذ لو بيعَ عليه في بقية الثمن لدخل عليه غرماء إنْ كانوا للولَد ، واحتاط ابن القاسم للعتق ، ولم ير للبائع حجة إذا قَبض بقية[4] ، وَالديْنُ أمر طارىء فلا يعتبر به ، وهو القياس ، قال محمد : وإنْ ورث أباه ، أو وُهِبَه ، أو تُصدق به عليه ، وعليه ديْن : قال أشهب : يعتق ،

---

(1) بالنسخة : اذا .

(2) يعني : قوله وقال غيره ، قبل سطرين .

(3) كذا وفي الكلام بعده غموض .

(4) كذا .

وباعه ابن القاسم في الميراث للدَيْن ، دون الهبة والصدقة ، لأن مقصودَ الرافع العتق على الولَد ، وقال محمد : لا يباع في الجميع ، قال اللخمي : نقض البيع في متالِي[1] الكتاب ظلم ، لأن البائع باع ما يجوز له بيعُه ممن يجوز شراوه ، وقد قال ابن القاسم : إذا باعه أخاه على أنه أخوه ، يعتق[2] عليه ، وتقاصاه في الثمن فلم يجد غير الأخ ، قال : يباع عليه في الثمن إلاّ أنْ يكون فيه فَضلة فلا يباع ، لأنه كان ظاهره اليسر .

فرع

في **الكتاب** : إذا اشترى المريض محاباة فأعتقه فالعتق مبدأ على المحاباة لأنها وصية ، والعتق مبدأ على الوصية ، وإنْ كانت قيمةُ العبد كفافَ الثلث سَقَطت ، ولم يكن للبائع غيرُ قيمة العبد من رأس المال لسقوط الوصية ، فإن بقي بعد قيمة العبد شيء من الثلث فهو المحاباة ، وقد قال : تبدأ المحاباة ، لأن المبيع لا يتم إلاّ بها ، فكأنه أمر بتبديتها في الثلث ، فإن بقي بعدها من الثلث شيء فهو في العبد ، أتم ذلك عتقه أم لا ، قال ابن يونس : قال سحنون : وهذا القول أحسن من الأول ، قال مالك : ولَو لَم يُحابِ لَجَازَ[3] عتقه وشراؤه إنْ يحمله الثلث ، وإنْ كره الورثة ، وإنْ لَم يحمِله الثلث فما حَمَل ورق الباقي ، قيل : كيف يجوز هذا البيع والبائع لا يدري مَا حَصَل من الثمن أو قيمة العبد ؟ .

والجواب : أنّ هذه المسألة وإقالة المريض من طعام فيه محاباة وشبهها ، إنما وقعَ البيعُ فيه على المناجزة وهذا طارىء[4] بعد الإنعقاد ، فلو قيل لهما في عقد البيع : إنّ في هذا البيع محاباةً ، ومحاباةُ المريض وصية من الثلث ولا تَدري أيهَا البائع ما يحصل لك ، لم يجُز البيع .

---

(1) كذا .

(2) بالنسخة : ويعتق .

(3) بالنسخة : لجائز .

(4) بالنسخة : طار .

فرع

في **الكتاب** : إنْ بتله في مرضه وقال : قيمتُه ثلاثُمائة لاَ مالَ له غيرُه ، فهلك العبد قبلَه ، وترك ابنةً حرة وألفَ درهم ، فقد مات رقيقاً وما تَرك لسيده بالرق دون ابنته ، وإنْ كان للسيد مال مأمون يُخرَج العبد من ثلثه ، جاز عتقُه ، وورثته ابنتُه وسيدُه ، قال غيره : لا ينظر في فعل المريض إلاّ بعد موته ، كان له مال مأمون أم لا ، لأن الطواريء إنما يتعين انحسامها بعد الموت ، قال ابن القاسم : ولَو احتمل المأمون نصفَ العبد لَم يعجل عتق شيء منه ، لاحتمال الطواريء ، وإنما يعتق إذا كان المال المأمون أضعافَ قِيمتِه .

فرع

قال في **الكتاب** : إذا عتق ما في بطن أَمَته في صحته فَوَلَدت في مرضه أو بعد موته ، فذلك من رأس ماله كعتيق إلى أجل حل جنيناً بخلاف الحانِثِ في مرضه بيمين تعقدها في صحته لتنجز السبب في الأول في الصحة ، وها هنا الحنث في المرض وقد حابى[1] أو شرط .

فرع

قال : التي لا يعتق ما في بطنها في صحته لا تباع وهي حامل ، ليلاً يباع الحر ، إلاّ في قيام دَيْن استحدثه قبل عتقه أو بعده ، فيباع تبعاً لأُمه إذا لم يكن له غيرُها ، ويرق جنينها تبعاً إذ لا يجوز استثناؤُه ، فأما قيام الغرماء بعدَ الوضع ، والديْن حدث بعد العتق ، عتق الولد من رأس المال لعتقه في الصحة ، وَلَدتْه في مرض السيد أو بعد موته ، وتباع الأمُّ وحدَها في الدَّيْن وَلاَ يفارقها ، وإنْ كان الدَّين قبل العتق بِيعَ الولَدُ للغرماء إنْ لم يفت الأم ، لأن تقديم الدَّين مبطل للتبرع ، ولو جنى عليه بعقل جنين أمه ، بخلاف جنين أم الولَد من سيدها ، لأن جنين الأمة لا يعتق إلاّ بعد الوضع ، وفي أم الولد حين الحمل .

---

(1) بالنسخة : حسايب .

فرع

قال : إنْ أخدمه سنتين ، ثم هو حر ، فاستْدان السيد قبلَ قبضه من المخدم ، فالغرماء أحق بالخدمة لأنها تبرع يؤاجر لهم ، فإن لم يقُوموا حتى بتّل الخدمة ، فلا سبيلَ لهم على الخدمة ، والعتق في الوجهيْن نافذ إلى أجَله لا سبيلَ للغرماء عليه ، وكذلك الصدقة والهبة ، وإذا[1] وقع الدَّين بعدَهما وقبلَ القبض فالغرماء أولى ، قال ابن القاسم : قال عبد المَلِك : والفَلَس كالموت ، وقال أصبغ : الصدقة تُقدَّم على الدَّين الحادث بعدَها ، وإن لم يقبض نظراً لأصل العقد ، وهو ليوم العَقد لا لِيوم القَبض ما دام حيّاً إذ لو حتم عليه أخذت منه ، ما لم يمرض أو يمُت ، وليس كذلك حدوثُ الفَلَس ، وهو كما إذا أَعتقَ وله مال يَفِي بدَينه لم يضرَّ ذلك ما يحدث من الدَّين ، قال ابن حبيب : الفرق : أنّ المعتق قبض والصدقةَ لم تُقبض حتى حدث الدّين .

فرع

في المنتقى : إذا أعتق المريض شِقصاً : قال مالك : يقوَّم عليه في ثلثه مَتَى عثر عليه قبلَ الموت أو بعدَه تعجيلاً لمصلحة العتق ، وقال عبد الملك : حتى يصح فيقوَّم في ماله ، أو يموت فيعتق ما أعتق في ثلثه ، ولا يقوَّم عليه نصيبُ صاحبه وإنْ حمله الثلث ، لأن التقويم لا يلزم إلاّ في عتق يتعجل أو يتأجل اجَلاً قريباً لا يرده دَين ، وهذا قد يرده الدَّين ، إلاّ أنْ تكون له أموال مأمُونة ، فيقوَّم عليه ، ويتعجل له العتق قبل أنْ يموت ، وقال ابن القاسم : يُوقَف فإن مات ففي الثلث أو ما حمله ، وإنْ كانت له أموال مأمونة قوّم فيها .

فرع

قال : إنْ أعتقَ عبدَه في مرضه فلم يحمله الثلث ، وأجاز بعضُ الورثة حصتَه فلا تقويم عليه ، والولاء للميت ، قاله مالك ، لأنَ الوارث إنما أجاز فعلَ الميت فلم يدخل ضرراً في المال ، وعن مالك : إنْ اعتق بعض عبده في صحته ، ويتم عليه وهو مريض ،

(1) بالنسخة : اذا .

فإن صح عتق عليه كله ، وإنْ مات فالباقي في ثلثه لوجود السبب متقدماً ، وقال عبد الملك : إنْ قِيمَ عليه في مرضه فلا تقويم إنْ مات لحصول الحِجر ، وإنْ قلنا : يتم على المريض عهده : قال أصبغ : يُقوَّم عليه نصيبه[1] غيره إذا أعتق شقصه الآن ، ويوقف الآن حتى يعتق منه ما حمل من الثلث من تلك القيمة التي كانت في المرض إنْ مات مبدأ على الوصايا ، وما أعتق أولاً فمن رأس ماله ، فإن صح لزمتْه القيمة ، وقاله مالك ، لأن القيمة إنما تلزَم يومَ الحكم ، لكنه حكم متوقَّع فيه الصحة ، فإن صح لزمتْه القيمةُ في جميع مالِه ، وقال ابن عبد الحَكَم : لا تقويم في المرض ، ولْيوقَف أبداً حتى يموت فيعتق ما بقي في ثلثه ، أو يصح فيكون من رأس ماله إلاّ أنْ يعتق الشريك ، لأنه إذا لم ينفذ الحكم الآن فلا معنى لتعجيل التقويم .

الخاصية الخامسة : القُرعة ومحلها ، وفي **الكتاب** : إذا أوصى بعتق عبيده أو بتلفهم[2] في المرض ، ثم مات عتقوا إنْ حمله الثلث ، وإلاّ تبلغه بالقرعة وإنْ لم يدع غيرهم قبلَهم بالقرعة ، وقاله (**ش**) وابن حنبل ، وقال (ح): لا تجوز القُرعة في الأولى ، ويعتق من كُل واحد ثلثُه ، ويسعى في باقي قيمتِه للورثة حتى يؤديها فيعتق . **لنا** : ما في ا لموطأ[3] : (**أنّ رجلاً أعتق عبيداً له عند موته ، فأسهم رسولُ الله ﷺ وأعتق ثلثَ العبيد**) قال مالك : وبلغني أنه لم يكن لذلك الرجل مالٌ غيرهم ، وفي غير الموطأ من الصحاح[4] : (**اعتق ستةَ مماللك في مَرضه ، لاَ مالَ له غيرهم ، فدَعَاهُم النبيُّ ﷺ فجزَّأهم فأَقْرَع بينهم ، وأعتق اثنَيْن ورَق أربعة**) ولأن الإجماع في حصر التابعين عليه عن عمر بن عبد العزيز ، وخَارجةَ بن زيد ، وأَبَان بن عثمان ، وابن سيرين ، وغيرهم ، ولم يخالفهم من حصرهم أحد ، ووافقنا (ح) في القُرعة في قسمة

---

(1) كذا .

(2) كذا . ولعله : أو بتلهم .

(3) في كتاب العتق والولاء ، باب من أعتق رقيقاً لا يملك مالاً غيرهم ، عن الحسن البصري وابن سيرين مرسلاً ، ورواه مسلم في كتاب الأيمان ، باب من أعتق شِركاً له في عبد ، وابو داود في **السنن** كتاب العتق ، موصولاً عن عمران بن حصين .

(4) تقدم تخريجه .

الأرض لعدم المرجّح ، وهو ها هنا ، ولأن في الإستسعاء ضرراً على العبيد بالإلزام ، وعلى الورثة بتأخير الحق وتعجيل حق الموصَى له ، والقواعد تقتضي تقديم حق الوارث ، لأن له الثلثيْن ، ولأن مقصودَ الموصي كمالُ العتق في العبد ليتفرغَ للطاعات والكسب ، وتجزئة العتق تمنع من ذلك ، وقد لا يحصل الكمالُ أبداً . **أحتجوا** : بقول[1] النبي ﷺ : (**لاَ عتِقَ إلاّ فيمَا يَمْلكُ ابنُ آدَمَ**) واحد جاز ، والبيع يلحقه الفسخ ، والعتق لا يلحقه الفسخ فأولى لعَدم القرعة ، لأن فيها تحويل العتق ، ولأنه لو كان مَالكاً لثلثهم فأعتقه لم يجمع ذلك في اثنين منهم ، والمريض لم يملكه غير الثلث فلا يجمع ، لأنه لا فرق[2] بين منع التصرف وعدم الملك في نفوذ العتق ، ولأن القرعة في جميع الحقوق إنما تدخل فيما يجوز التراضي عليه ، لأن الحديث حال الصحة لما لم يجُز التراضي على إسقاطها لم تدخل القرعةُ فيها ، وقسمة الأموال يجوز التراضي فيها فَدَخَلت القرعةُ فيها .

والجواب عن الأول : أَنّ العتقَ ما وقع إلاّ فيما يملك ، وما قال : العتق في كل ما يملكه ، فإذا نفذ العتق في عَبديْن ، وقع العتق فيما يملك .

وعن الثاني : أنه قضية في عين ، لتمهيد قاعدة كلية كالرحم وغيره ، ولقوله[3] ﷺ : (**حُكْمِي عَلَى الواحد ، كَحُكمِي عَلَى الجَماعة**) .

وعن الثالث : لو كان العتق شائعاً لبطلت القُرعة ، واتفاقهم في القيمة ،

---

(1) رواه أبو داود والترمذي في العتق وغيره وابن ماجه رقم : 2047 وأحمد في (**المسند** 189/2) والبيهقي في (**السنن الكبرى** 318/7) وغيرهم عن عمرو بن شعيب عن ابيه عن جده بألفاظ متقاربة ، وله شواهد صح بها .

(2) بالنسخة : فرض .

(3) لم أقف عليه بهذا اللفظ ، وروى مالك في **الموطأ** في كتاب البيعة باب ما جاء في البيعة . عن أُميمة بنت رُقَيقة ، والترمذي في كتاب السير ، وصححه . والنسائي في كتاب البيعة باب بيعة النساء ، قوله ﷺ بعد أنْ بايع النساء وقولهن له : هلم نبايعك يا رسول الله ، فقال عليه السلام : إني لا اصافح النساء ، انما قولي لمائة امرأة كقولي لامرأة واحدة أو مثل قولي لامرأة واحدة . وأُنظر الفاظ هذا الحديث وطرقه في **سلسلة الأحاديث الصحيحة** رقم : 529 لشيخنا الألباني حفظه الله .

أو إثنين[1] سهم ليس متعذراً عادةً ، لا سيما الجَلَب ، ووخش الرقيق .

وعن الرابع : أنّ الميسر هو القمار ، وميسر الحقوق ليس قماراً وقد[2] أُقرعَ رسول الله ﷺ بينَ أُزواجه وغيرهم ، واستعملت القرعة في شرائع الأنبياء عليهم السلام لقوله تعالى : ﴿**فَسَاهَمَ فَكَانَ مِنَ الْمُدْحَضِينَ**﴾[3] و﴿**إِذْ يُلْقُونَ أَقْلامَهُمْ أَيُّهُمْ يَكْفُلُ مَرْيَمَ**﴾[4] وليس فيها نقل الحديث ، لأن عتق المريض لم يتحقق لأنه إنْ صح عُتق الجميع ، وإنْ طرأت ديون بَطَلَ ، وإنْ مات وهو يخرج من الثلث ، عتق الثلث ، فلم يقع في علم الله تعالى من العتق إلاّ ما أخرجتْه القُرعة .

وعن الخامس : الفرق : بأن مقصود الهبة والوصية : التمليك ، وهو حاصل في الملك[5] الشائع كغيره ، ومقصود العتق : التخليص للطاعات والاكتساب ، ولا يحصل مع التبعيض ، ولأن المالك[6] شائعاً لا يؤخر حق الوارث ، وها هنا يتأخر بالإستسعاء .

وعن السادس : أنّ البيع لا ضرر فيه على الوارث كما تقدم في الوصية ، وَ لاَ تحويلَ للعتق كما تقدم .

وعن السابع : أنه إذا ملك الثلث فقط ، لم يحصل تنازع في العتق ، ولا جريان من تناوله لفظ العتق .

وعن الثامن : أنّ الوارث لو رضي تنفيذ عتق الجميع فهو يدخله الرضا .

تمهيد : الإقراع عند تساوي الحقوق ، ودفع الضغائن والأحقاد ، والرضا بما جرَت به الأقدار ، وقضاءِ الملكِ الجبار ، وهي[7] مشروعة بين الخلفاء إذا استوت

---

(1) كذا .

(2) رواه البخاري ومسلم في باب القسم بين الازواج من كتاب النكاح عن عائشة.

(3) (الصافات : 141) .

(4) (آل عمران : 44) .

(5) بالنسخة : ملك السايع .

(6) بالنسخة : ولأن للملك سايعاً .

(7) كذا .

فهم أهلية[1] الولاية ، والأئِمة ، والمؤذنين ، والتقدم للصف الأول عند الزحام ، وتغسيل الأموات عند تزاحم الأولياء وتساويهم في الصفات ، وبين الحاضنات ، والزوجات في السفَر والقسمة ، والخصوم عند الحكام .

تفريع : في **الكتاب** : إنْ قال : ثُلثُهم أَحرَارٌ ، أو نصفهم : عتق ذلك بالقُرعة إنْ حمله الثلث ، وإلاّ فما حمله مما سَمّى ، وإنْ قال في مرضه : عشَرة منهم ، وهم ستون : عتق سُدُسهم ، أخرجت القُرعة أكثرَ من عشرة أو أقل ، ولو هَلَكوا ألاَّ عشرة لعُتقوا إنْ حملهم الثلث وإنْ كثرت قيمتُهم ، وإنْ لم يحملهم الثلث عُتق مبلغه بالقُرعة ، وإنْ بقي أحدَ عَشَر عتق عشرة أجزاء من أحدَ عَشر سهماً بالقرعة إنْ حمله الثلث ، أو عشرون ، عُتق نصفُهم بالقُرعة في الثلث ، أو ثلاثون فثلاثهم ، وإنْ سمى حُراً فقال : سدسهم لم يعتق إلاّ سدس مَن بقي ولو بقي واحد ، وإنْ قال : رأس منهم ولم يعيّنه ، عُتق بالقرعة إنْ كانوا خمسةً يومَ التقويم فخمسُهم ، أو ستة فسدسهم ، خَرَج[2] أقل من واحد أو أكثر توفيةً[3] بلفظه ، وإذا انقسموا على الجزء الذي يعتق منهم جزؤا بطاقة وأقرعت بينهم ، فمن خرج اسمُه ، وقيمتُه مبلغ الجزء الذي يُعتق عتق مبلغُه فقط ، أو نَقَص عُتق وأُعِيدَت القُرعة لتمام ما بقي من جزء الوصية ، فمَا وَقع لذلك عتق عبدٌ أو بعض عبد ، وإن قال عند موته : أثلاث رقيقي[4] أو أنصافُهم أحرارٌ ، أو ثلث كُلِّ رأس ، أو نصف كل رأس ، عتق من كل واحد ما ذَكَر إنْ حَمَل ذلك الثلث ، ولا يبدأ بعضهم على بعض ، لأنه عيّن العتق لكل واحد ، أو ما حمل ثلثُه فيما سَمّى بالحِصَص من كل واحد بغير قُرعة ، لأنه عيَّن العتق لكل واحد . في **التنبيهات** : القرعة تتكرر في المناظرات وهي غير معلومة للفقهاء ، وتحقيق مذهب مالك عند أكثرهم : على ما دل عليه ظاهر لفظه في **الكتاب** ، وقيل : مذهبه في **الكتاب** مع ضيق المال ، وأنه لم يترك سواه ، وأما

(1) بالنسخة : أهل .
(2) بالنسخة : جرح .
(3) بالنسخة : توفيته .
(4) بالنسخة : رقيق .

متى كان له سواه ، فإنه يتلف في العدد حتى يستكمل من الثلث عشرة ، وإنْ كان نوى ثلثَ جميعِ تركته من العبيد وغيرهم ، عن مالك : إذا قال: أحد عبيدي حرٌّ في الوصية عتق واحد كامل ، أو ثلاثة ، عتق واحد بالسهم، وإنْ كانوا أقل من الثلث ، وقوله : ولم يعينه ، يدل على أنه لَو عيَّنه عتقوا بالحِصَص ، وقاله سحنون ، وقال عبد الملك : يقرع بينهم سمّى أم لا ، قال ابن يونس : اختلف في الرجل الوارد في الخبر فقيل : بتّلهَم ، وقيل : أوصى بعتقهم ، فحملنا القُرعة عليهما عند ضيق الثلث دون تصرف الصحة ، لأنها رخصة لا يقاس عليها ، وقال المغيرة: إنما القُرعة عند من أعتق عبيدَه عند موته ولا مال له غيرهم ، قال المغيرة : ولو قال في وصيته : أحد عبيدي حرٌّ ، وهم خمسة ، أعتق خمُسُ كلٍّ واحد ، وقال أصبغ في المبَتَّلين في المرض لا يحملهم الثلث : يعتق من كل واحد بغير سهم ، وإنما السنةُ بالسهم في الوصية ، قال ابن يونس : وإنْ قال : ميمون ومرزوق حُرَّانِ، تحاصّا عند ضيق الثلث ، لأنه لما سمَّى فقد قصد له العتق ، وقيل : يقرع بينهم ، والمذهب : الفرق بين التسمية وغيرِها ، فيحصل إذا بتّل عبيدَه أو أوصى فقد[1] سمي أم لا ، ولم يحمل الثلث ففي كل وجه قولان ، فالقُرعة والمحاصّة ، قال مالك : ومما تكون فيه القرعة في الصحة : أنْ يعتق نصف رقيقِه أو جزءاً يسميه ، فإن ذلك في الصحة والمرض وفي الوصية سواء ، فيعتق مَن خرج إلى مبلغ قيمة الحُر الذي سَمَّى ، فإن فضل من قيمة نصفِهم أو الجزء الذي سمَّى فضلة حتى يَقع ذلك في بعض عبد ، فإن كان في وصية رق باقَيِها، أو في صحة كمل[2] عتقه ، قال محمد : وإنْ قال : أنصافُهم أو أثلاثُهم لا يسهم في ذلك في الصحة ولا في الوصية ، لكن يعتق الجزء[3] الذي سمّى من كل رأس إنْ حمل ذلك الثلث في الوصية ، وتكمل النفقة في الصحة ، وقال ابنُ الكاتب في قول المريض : أثلاث رقيقي : لَم يُرد

---

(1) كذا .

(2) بالنسخة : كما .

(3) بالنسخة : بالجزء .

تكميل عتق أحدهم ، وأمَّا الموصي إذا لم يحمل الثلث ، وقال : ثلثهم ، فما زاد تمام الحرية فيميَّزوا بالقُرعة ليَحصل مراده ، بخلاف مَن أوصى بثلثهم لرجل فإنه يكون شريكاً لأنه أقامهُ مَقامهُ ، قال أشهب : إذا قال : رأس منهم حر ، ولَم يعيّنهم وهم خمسة ، يعتق من كل واحد خُمسُهُ ، قال : ويعتق خمس قيمتهم ، خرج رأس أو بعضه ، قال محمد: وهو قول مالك وأصحابه ، قال أشهب : وإنْ أوصى بذلك عن رَقَبَةِ ظِهار أو بَتْل ، فيسهم بين كل مَن يصلح للرقاب الواجبة ، فمَن خَرج عتق كُلُّه ، لأن التبعيض في الكفارة ممتنع ، ولاَ عتق لمَن بقي ، وعن مالك : إنْ قال عِند موته : رأس من رقيقي وأحد عبيدي حر ، وهم ثلث[1] ، فأقرع بينهم فخرج أحدُهم ، وهُو[2] أكثرُ من ثُلث قيمتهم عُتق كلُّه إنْ حمله الثلث . قال ابن يونس : وأصحابُ مالك كلُّهم على خلافه ، وأما الصحيح : فيختار واحداً منهم فيعتقه ، أو ورثتُه إنْ مات من رأس المال ، وإنْ قال الصحيح : أثلاث رقيقي ، عتق عليه ثُلثُ كل رأس ، وكمل ، لأنه أعتق بعض عبده ، أو مريض فمات ، عتق ما سَمَّى وكمل في ثلثه باقيهم ، وإنْ عاش اتموا في رأس ماله ، لأن المريض تصرف[3] في حال لا يملك إلاّ الثلث ، فإذا عاش مَلَك جميع ماله ، وإنْ قاله في وصيته عتق من كل واحد ثلثُه فقط ، لأنه أوقعه في حال ما ، ومالُه لورثته ، وإنْ قال الصحيحُ : نصفُ عبيدي أحرار : قال سحنون : يُحَلف انه لم يُرد واحداً بعينه ، خلافاً لابن القاسم ، وقال محمد : يعتق بالسهم نصفُ قيمتِهم ، فإن وقعَ النصف في بعض عبد كُمّل ، لأنه صحيح ، والمرض والوصية يعتق نصف قيمتهم بالقُرعة ، قال اللخمي : إذا قال في مرضه أو وصيته : عشرةٌ من عَبيدي أحرار ، وهم خمسون ، فخمسة أقوال : رقيق خمسهم بالقُرعة خرج خمسة أو خمسةَ عَشر ، وعن مالك : إنْ خرج أكثر من عشرة عُتقوا ، أو أقل

---

(1) كذا ولعلها : ثلاثة .

(2) بالنسخة : وهم .

(3) بالنسخة : تصرفي حال .

أُقرع بين الباقين حتى تكمُل عشرة ، ما لم يجاوز ثلث الميّت ، وخَيَّر أشهبُ بين العتق بالسهم أو الحِصَص ، وقال المغيرة : بالحِصص إنْ أعتق الميت ، أما إنْ أوصى بقيته[1] أنْ يُعتقوا عنه : خُيّروا بينهما ، وعن مالك في رأس منهم جزء ، وهم ثلاثة فعتق ثُلثُهم بالقُرعة ، ثم لم يُرد الميت إلاّ عتق واحد فيقرع بينهم ، فإن خرج واحد وهو أدنى من الثلث عتق ولم تُعَد القرعة ، أو أكثر عتق إنْ حملهم الثلث ، فاعتبر في الأول خُمس قيمتهم ، لأنه العدل بين العبيد والورثة ، لأن أعلاهم أو أدناهم ظلم بأحد الفريقين ، ومَن رضي بالأدنى قيل له : للميت حق في عتق الأعلا ، أو خص الوَسَط بالم[2] الأعلا والأدنى لفَوات العتق . قال سحنون : إنْ قال : نصفُكُما حُرٌّ أعتق أيكما شاء ، أو نِصفاً كما أُعتقَ من كل واحد نصفَه ، قال اللخمي : وأرى أنْ يُسألَ ويُصَدق في المسألتيْن ، فإن عُدمت النية ، فالتجزئة أشبه ، لذكر النصف ، وإنْ قال في صحته : عشرة من رقيقي أحرار ، فمات أربعون ، فقيل : العشرة الباقيةُ أحرار ، لتعيّن الصيغة ، وقيل: لا عتق لهم ، لأن السيد كان قبلَ مَوت مَن مَات منهم بالخيار ، وكان يعتق غير هؤلاء ، فإن كان في وصية : قال ابن القاسم : يعتقون ، لأن العبرة بيوم الحكم في الثلث ، لا يوم الموت ، وقال عبد الملك : يعتق خمُس الباقي ، لأن العبرة بيوم الموت ، وإنْ أَماً فولدت لكل واحدة منكن ولداً[2] ، والتصرف في الصحة ، اختار عَشراً مِن الأمهات مع أولادهن ، لأن الولد يتبع أمه ، أو في المرض ، يعتق خُمُسَهن الذي كان يُعتق قبل الولادة ، ويقوّم كل واحدة بولدها ، ويتبعها في الحرية والرق[3] ، أو في وصية وعَيَّنَهن فقال : هؤلاء الخمسين[4] رق ما ولد في[4] جناية ، ولا يدخلون في القُرعة ، ويدخل المولود بعد ذلك ، فيعتق خمسُ المائة ، وتقوَّم كل أَمَة بما وَلَدت ، ويتبعها إنْ عُتقت ، ولا يقرع عليه بِانْفراده ، وإنْ قال : عشرة ممن يكون يوم أموت ، ولم يقل : هؤلاء ،

---

(1) كذا .

(2) كذا .

(3) بالنسخة : والرزق .

(4) كذا .

دخل جميعُ الولد في العتق ، وُلد قبلُ أو بعدُ ، وتختلف صفة العتق : فما وُلد قبلُ قوّم بانفراده ، وقد يعتق دون أمه ، أو أمه دونه إنْ وقعت عليها ، وما ولد بعدُ قُوِّم مع أمه يتبعها في العتق والرق لتعليقه العتق بالكائن عند الموت ، فالمولود[1] قبلُ كعبد اشتراه ، وإنْ قال : يومَ ينظر في ثلثي ، لم يدخل المولود في الحياة لقوله : من هؤلاء ، ودخل في العتق مَن وُلد بعدُ ، لأنه بعد موته كالمعتقَة إلى أجَل ، فموته أثبت له عَقد العتق ، وسَقَط تخيير الميت ، وإنْ قال : عشرة ممن يكون في ملكي يومَ ينظر في ثلثي ، ولم يقل : مِن هؤلاء ، دخل جميعُ الأولاد ، ولد في الحياة أو الممات ، وأقرع على كل واحد بانفراده ، وكان المعتَق في عشرة من مائة وخمسين إنْ ولد لكل واحد قبل وبعد ، فإن حصلت القُرعة لمن وُلد قبلُ أو بعد أو الأم وحدها ، عتق لأنه علق العتق بمجهول ممن يكون يومَ الحكم .

تنبيه : إذا أُعتق في مرضه عبيداً لاَ مال له غيرهم ، فمات بعضُهم قبل موت السيد ، أقرع بين الباقين ، ولا يدخل الذي مات ، وقال (ش) : يدْخل ، فإن خرجت قرعتُه عُتق من يوم أعتقه ، وإنْ خرجت له قُرعةُ رِق ، أو خرجت على أحد الباقِين[2] قُرعةُ حُرية ، بَطَلت وصار كأنه لم يكن ، ووقعت القُرعة بين من بقي، فإن كانوا ثلاثة فخرجت للميت رق الأحرار ، أو خرج لهم سهم الرق أقرع بين الباقين[2] ، وبطل حكم الميت ، ويعتق ثلث مَا بَقي كمذهبنا . **لنا** : أنّ عتق المريض موقوف على الثلث بعد الموت كالوصية بعتقهم : فلم يتقرر حكمه إلاّ بعد الموت ، ولم يؤجل حينئذ إلاّ الأحياء ، ولأنه لا يحصل للوارث شيء إلاّ بعد حصُول الثلث للميت على الوجه الذي رسمه ، وإنما كان قصدُه حصولَ الحرية في عبد فتتم خدمته ، فإذا حسبنا[3] الميّت حصل مقصود الوارث دون المعتِق ، ولأنه يؤدي إلى إخراج الثلث قبلَ موت المُوصي ، فيلزم ملك الوارث الثلثين قبل

(1) بالنسخة : بالمولود .

(2) بالنسخة : الباقيين .

(3) كذا .

موتـه ، ولأنها حريةٌ موقوفة على موته لنفسها[1] على الوصية إذا مات أحدهم .

احتجوا بأنه اذا وقعت على الميت قرعة الحرية حصل للمعتَق ثواب المعتق لأن ثوابه بالعتق لا يطول حياة العتيق ، أو قرعة الرق بطل حكمُه ولم يُحسب عليهم ، كما لو أوصى وله مال غائب فَهَلَك ، لا يحسب ذلك المال ، لأنه لم يثبت عليه لهم يد ، ولأن العبد الموصَى به لإنسان إذا تَلف بعد موت المُوصِي وقبلَ قَسم التركة لم يكن للموصَى له في التركة شيء ، فكذلك المعتق .

والجواب عن الأول : لا يسلم حصولُ ثواب العتق لعتق لعدم تقريره وموتِ العبد رقيقاً ، بدليل منع شهادته ، وكما لا يحسب المال الغائب على الوارث فكذلك لا يحسَب على الموصَى له .

وعن الثاني : أنّ مثالَه عتق عبد معين في مرضه فيموت في مرض سيده ، فإنه لا يعتق من تركته بَدَلُه ، وأما ها هنا في الثلث فيكون الموت[2] قبل موته من التركةا، لأن الثلث يجوز بعد الموت .

فرع

في **الكتاب** : إنْ قال في صحته : إنْ كَلَّمتُ فُلانا فَرقيقي أحرار ، فكلمه في مرضه ، ثم مات ، عتقوا إنْ حمَلهم الثلث أو ما حمله بالقُرعة ، ورُق الباقي ، كمن بتَّلهم في المرض ، لأن الإعتبار بحال الحِنث لا بِحال التعليق ، لأنه حالُ كمالِ السبب ، ولأنه عتق في حال المرض كالمثل ، وقاله ابن حنبل ، وقال : يعتبر من رأس المال ، نظراً لحالة الحلف ، وإنْ قال : إنْ لم أفعل فمات ولم يفعل ، عتقوا إنْ حملهم الثلث ، أو مبلغه من جميعهم بالحِصَص بلا قُرعة ، ويدخل معهم كل ولد وُلِد لَهُم بعد اليمين من إناثهم ، فيقوَّم معهم في الثلث ، وهم كالمدبَّرين ، وإنْ قلتَ في صحتك لعبدكَ : إنْ دخلتَ هذه الدارَ فأنتَ حر ، فدخلها في مرضك ، ثم مت منه ، عتق في الثلث ، وكذلك المرأة في الطلاق إذا دخلت في المرض ، وترثك

---

(1) كذا .

(2) كذا ولعلها : العتق .

وإنْ انقضت عدتها ، كما لو طلقتها في مرضك لما تقدم ، قال ابن يونس : وكانت يمينه في المرض : إنْ لَم افعل فمات قبل الفعل ، قيل : يعتق بالحصص كالمديون ، وقيل : بالسهم كالمبتَّلين .

فرع

في **الجواهر** : إذا أعتقت المريض على ترتيب بديء[1] السابق ، لأن تقدم السبب يعين المسبب له .

فرع

لا يتعين للقرعة الورَق ، بل الخشب وغيره ، ويمتنع الخطر ، نحو إنْ طار غرابُ فلان يتعَين للحرية ونحوه ، وصورة التجزئة : قسمتهم ثلاثة أجزاء متساوية في القيمة ، فإن لم يتساو عددُهم خير الخسيس بالتفليس ، فإن لم يكن كما إذا كانوا ثمانية أعبُد ، قيمةُ كل واحد مائة ، أقرع بين جميعهم ، فَمَن خرج سهمُه الذي يليه ، حتى ينتهي إلى كمال الثلث بوَاحدٍ أو ببعضه ، فإن يخرج أوراق الربع[2] واحد بعد واحد .

فرع

إذا أُبهم العتق بين جَاريتَيْن وقلنا : تجزأت[3] . فوطيء أحداهما ، تعينت للبقاء، وكذلك اللمس بالشهوة .

فرع

قال : إذا قال : إنْ أعتقتُ غانماً ، فسالمٌ[4] حر ، فأعتق غانماً ، وكل واحد ثلث ماله ، عتق غانم ، ولا قرعة ، لأنه ربما تخرج على سالم فيعتق من غير وجود الصفة .

---

(1) بالنسخة : برى .
(2) كذا والكلام ناقص .
(3) بالنسخة : تحرأب بدون نقط .
(4) بالنسخة : فسالماً .

الخاصيـة السادسة[1] : الولاء . وفي **التنبيهات** : الولاء بِفَتح الواو ممدود من الوَلاية بفتح الواو ، وهو من النسب والعتق ، وأصله : الولاء وهو القرب ، وأما من الإمارة والتقديم فبالكسر ، وقيل بالوجهين فيهما ، والولاء[2] لغة يقال : للمعتق والمعتق وأبنائِهما ، والمناظر ، وابن العم ، والقريب ، والغاصب ، والحليف ، والقائم بالأمر ، وناظر اليتيم ، والنافع المحب ، والمراد به ها هنا : ولاية الإنعام والعتق .

والنظر في سببه وحكمه ، فهما نظران .

النظر الأول : في سببه

وفي **الجواهر** : هو زوال المِلك بالحرية ، فمن زال ملكه بالحرية عن رقيق فهو مولاه ، سواء نُجز أو عُلق أو دُبّر أو استولد أو كاتب ، أو أعتق بعرض ، أو باعه من نفسه ، أو أُعتق عليه ، إلاّ أنْ يكون السيد كافراً والعبد مسلماً[3] ، أو عبداً أعتق بإذن سيده في حالة يجوز له فيها التبرع ، فإن كان السيدُ كافراً فأسلم العتيق ، فمتى أسلم السيد فولاؤه عليه باق ، وإنْ مات العتيق قَبْلَ إسلامه ورثه أقربُ الناس للكافر من المسلمين ، وأما العبد فلا يرجع الوَلاء إليه أبداً ، وإنْ عتق وهو مخالف للمكاتب ، وإنْ أعتقه بغير إذن سيده ولم يعلم حتى عتق العبد فالولاية له دون السيد ، وحقيقة الولاء : أنه لُحمة كلُحمة النسب ، فإن العتق سبب لوجود العتيق بإحياء عباداته ، وولايتِه المناصبَ ، وصدق اكتسابه عليه ، كما أنّ الأبَ[4] سبب وجود الإبن ، وإليه الإشارة بقوله[5] ﷺ : **(لن يَجزي ولد والدَه حتى يَجده رقيقاً فيشتريَه فيعتقه)** أي يُوجده حكماً أوجده حساً ، وكذلك او شُرط لغير المعتِق لم يصحَّ كالنسب .

---

(1) بالنسخة : السادس .

(2) كذا .

(3) بالنسخة : مسلم .

(4) بالنسخة : الإبن .

(5) تقدم تخريجه .

فرع

في **الكتاب** : إنْ اعتق عن غيره بأمره أم لا ، فالولاء للمعتَق عنـه ، أو سائِبة لله ، فولاؤها للمسلمين ، وعليهم العَقل ، ولهم الميراث ، أو عن عبد رجل ، فالولاء للرجل ولا يجده غيـره ، كعبد أعتق عبدَه بإذن سيده لم أعتقه[1] سيده فالولاء لـه ، وقال اشهب : يرجع إليه الولاء لأنه يومَ عقل عتقه لا أذن سيده فيه[2] ولا رد ، في **النكت** : **نهي**[3] **النبي ﷺ عن نقل الولاء وعن هبته** . والعتق عن الغير كذلك ، ولأنه معروف فلا يجد[4] بقوله ، قال .

والجواب عن الأول : أنه نهي عن ولاء تقرر الأول وهذا لم يتقرر ابتدأ إلاّ لمعتَق عنه .

وعن الثاني : أنّ الحق فيه له ولمن بعده ممن يدور الولاء له ، فليس له أبطال حق الغير . **قلتُ** : الأوقاف والأموال تنتقل للغير ، ومع ذلك القبول شرط ، بل الجواب : أنّ العتق غلب فيه حق الله تعالى بدليل أنهم إذا اتفقوا على عدم التقويم لا يصح ، قال بعض القَرويين فيمن أعتق عن عبد غيره : إنّ ابن القاسم أراد أنّ سيد المعتَق عنه عَلم بذلك ، فلذلك كان الولاب له ، ولم يعد لعبده إنْ اعتق فيصير كعتق العبد بإذن سيده ، أما إنْ لم يعلم حتى عتق العبد : فالولاء للمعتَق عنه : كالعبد يعتق عبداً ولاية[5] السيد حتى يعتق والولاء لمن أعتق عنه ميتاً أو حياً ، وقد أعتق جماعة من الصحابة سَوائِب فلم يرثوهم ، وكان ميراثُهم للمسلمين ، وقال عمر رضي الله عنه : ميراث السائِبة لبيت المال ، ولأن معتقها أعتق من المسلمين ، والسائِبة المنهي[6] عنها إنما هي عتق الأنعام ، والسائِبة : أنْ يقول له : اذهب فأنت سائِبة ، يريد : الحرية ، ولم يختلفوا في

---

(1) كذا ولعله : لم يعتقه .
(2) كذا ولعله : لا اذن لسيده فيه .
(3) تقدم تخريجه .
(4) كذا .
(5) كذا ولعله : ولاؤه للسيد .
(6) يعني في قوله تعالى : (ما جعل الله من بحيرة ولا سائبة ولا وصيلة ولا حام) (المائدة : 103) .

عتق الوصي عن الميت أنّ ولاءه للميت ، وفي (الموطأ)[1] **(أنّ سَعْدَ بن عُبادة قَال : يا رسولَ الله : إنّ أمي هَلَكَتْ ولَيسَ لَها مال ، أَينفعها أنْ أعتق عنها ؟ فقال النبي ﷺ : نعم)** فأعتق عنها ، وفي حديث آخر : أَعْتِقْ عَنها وتَصَدَّقْ ، فإنه سبب لها ، وأعتقت عائشة[2] رضي الله عنها عن عبد الرحمن ابن أبي بكر رقاباً كَثيرة بعد موته ، وكان ولاؤهم لمن يرث الولاء عن أخيها ، وقوله تعالى : **﴿وَفِي الرِّقَابِ﴾**[3] هي الرقبة تعتق من الزكاة ، فولاؤها للمسلمين ، قال محمد : وإنْ أعتق عبده بِشَرط أنّ ولاءه لفلان بَطَل الشرط ، وهو للمعتِق إلاّ أنْ يقول : أنت حر عن فلان ، وإنْ قال : أنت حر عن فلان وولاؤك لي ، بطل الشرط ، وهو للمعتَق عنه ، وإنْ قُلتَ لمدَّبرك : أنت حر عن فلان ، عُتق وولاؤه للمعتَق عنه ، وإنْ قلتَ لمدَّبرك : أنت حر عن فلان ، عتق وولاؤه لك ، لأنه تابع لعَقد التدبير ، قال ابن القاسم : وإنْ بعتَ مدَّبرك بشرط العتق ، فأعتقه المشتري ، فولاؤه للمشتري ، وإنْ اعتقتَ أمَّ ولَدِك عن رجل ، نفذ العتق ، وولاؤها لـك ، وكذلك بيعها ممن يعتقهـا ، كما لَوْ أعطاه مالاً على عتقها ، وقال سحنون : يبطل العتق وترد إليك تَبقَى أم ولد ، وإنْ بعتَها بغير شرط العتق فأعتقها المشتري : قال محمد : ينقض العتق وترجع أم ولَد سيدها ، ويرد الثمن ، بخلاف المدَّبر لتأكد عتقها ، قال اللخمي : بَيعُ الوَلاء لا يجوز للحديث[4] ، ولأنه غَرَر لا يدري هل لا يتبع بارثه وغيره أم لا ؟ وأما الهبة : فلأنها هبة لما بعد موت المعتِق ، فهي هبة لِملك الغير ، وتختلف ، هل يصح فيما يكون في حياةِ الواهب ، لأنـه وهب ما يكون من الميراث في صحته ، كما لو وهب في صحته ما يرث من أبيـه ، وقد اختلـف فيه ، وإن وهب ذلك في مرض المَولَى صَحّت الهبةُ على المشهور ، والوَلاء للمعتِق ، وأعتقه عن نفسه ، وأنْ يكون المعتق كأصل الحرية ليس مدبّراً ، ولا مُكَاتباً ، ولا معتَقاً إلى أَجل ،

---

(1) في كتاب العتق والولاء ، باب عتق الحي عن الميت ، عن القاسم بن محمد أن سعد بن عُبادة . . . وليس في رواية يحيى هذه : وليس لها مال .

(2) أثر عائشة هذا في (الموطأ) حيث أشير .

(3) (التوبة : 60) .

(4) تقدم تخريجه مراراً .

ولا معتَقا بعضُه ، والتساوي في الدِّين فيكونان مسلميْـن أو نصرانيين ، فإن انخرم أحدهما[1] لم يثبت له الوَلاء ، وعن مالك : لا يعتق أحد سائِبة ، **لنهيه**[2] ﷺ عن بَيْع الوَلاَء وعَن هِبته ، وعن ابن القاسم : يمنع ابتداءً فإن وقع فالولاب للمسلمين ويتخرج على هذا العتق عـن الحي أو الميت ، وعن عبد الملك : الولاء للسيد دون المعتـق . في **المقدمات** : منشأ الخلاف في المسألة : فالمنع[3] لأنه هبته للولاء ، والقائل بالجواز فهم أنّ مراده : جعلُ الولاء للمسلمين ابتداء ، ولم يتحقق عند ابن القاسم مرادُه فكَرهه ابتداء ، ولو قال : أنت حر عني ، وولاؤك للمسلمين ولم يختلف أنّ الولاء له دون المسلمين : أو أنت حر عن المسلمين ، وولاؤك لي لم يختلف في جوازه وأنّ الولاء للمسلمين .

تمهيد

قال (ش)، و(ح) : ولاء السائبة للمعتق . **لنا** : ما تقدم ، ولأن المعتق ملكهم ملك المسلمين في عتقه ، فهو كالوكيل عنهم ، كأرباب الزكاة ، ولأن الوَلاَء كالنسب ، ولما كان له أنْ يتزوج ويتسرَّى فيدخل النسب على عَصَبَته بغير اختيارهم فكذلك الوَلاء ، والولاء يرجع للميراث ، والإنسان يتزوج فيَلِد مَن يرثه المسلمون ، **احتجوا** : بأن العَربَ[4] كانت تسيِّب الأنعام والعبيدَ ، فَنُهوا بالآية ، ولأنه لو صرح بقوله : لاَ ولاَء لي عليك ، لم يبطُل ولاؤه ، وأولى في قوله ، أنت سائِبة ، وعتق الإنسان عَن أبيه إنما جاز لأن النسب قد يلحق بأبيه ، فكذلك يعتق عنه ، والمسلمُون يرثون بالدِّين لا بالنسب ، ولقوله[5] ﷺ **(الوَلاَء لِمَن اعْتَقَ)** .

والجواب عن الأول : انه لم يعرف عنهم في العبيد .

---

(1) كذا .

(2) تقدم تخريجه .

(3) كذا .

(4) بالنسخة : العرف .

(5) رواه مالك في **الموطا** في كتاب العتق والولاء ، باب مصير الولاء لمن أعتق عن عائشة في قصة بريرة ، وهو في البخاري في البيوع ، ومسلم في العتق .

وعن الثاني : انا نلتزمه ، فإذا قال : لاَ ولاَء لِي عليك ، يكون ولاؤه للمسلمين .

وعن الثالث : أنّ النسب يلحق أيضا بالمسلمين . لأنهم عَصَبَة مَن لاَ وارثَ له .

وعن الرابع : أنّ الوارث يرث بالدِّين لا بالنَّسَب ، لأنه لو كان كافراً ما وَرِثهُ المسلم .

وعن الخامس : أنه مُطلق في الأَعيان ، فَحملُه على من أعتق عن نفسه[1] ، وإلاّ لزم عتقُ الوكيل ، وقال (ش) : إنْ أعتق عن الغير بأمره ، فالوَلاء لمن أعتق عنه ، أو بغير أمره فالولاء للعتق . وقال (ح) : لمعتق مطلقاً ، **لنا** : ما تقدم ، **احتجوا** : بقوله[2] ﷺ : **(الأعمَالُ بالنِّيَّات ، وإنمَّا لامْرِيء مَا نَوَى)** ولأنه إذا أعتق بأمره كأنه مالكه وأعتق عنه بالوكالة .

والجواب عن الأول : أنه لنا ، لأنه نوى أنْ يكون الولاء للمسلمين .

والجواب عن الثاني : أنّ الإذن ليس شرطاً ، لأنه لو أعتق عن محجور عليه وقيل : وليه ذلك صح ، فيفرض من أعتق عن المسلمين بإذن الإمام ، فإنه لا ضرر على المسلمين في ذلك ، وإذا صح ذلك صح في جميع الصور ، لأنه لا قليل يفوت ، **فإن قيل** : ولاية اليتيم خاصة ، لأنه يتبع ماله ، ويخرج جميع ما يلزمه ، وولاية الإمام عامة ، **قلنا** : يلزمكم أنكم وافقتم إذا مات وعليه كفارة ، فأعتق عنه وَلَدُه وقع العتق ، وكان الولاء للمعتَقِ عنه ، ولا أذن للميت .

قاعدة : التقديرات الشرعية : إعطاء الموجود حكمَ المعدوم كما تدعُو إليه الضرورة من الجهالة والغَرَر في العقود ، والنجاسات من دم البراغيث ودماء الجِراح في العبادات ، وتقدير عدم العصمة إذا قال لها : أنتِ طالق اليومَ إنْ قَدِم زيد غداً ، فإن الإباحَة حاصلة اليومَ إجماعاً ، فإذا قَدم زيد غداً قُدّر رفعها ، وكذلك إذا اشترى أمةً ووطئها سنةً ، ثم ظَهَر على عَيبها فردَّها وقلنا : الردُّ بالعيب فسخٌ للعقد من أصله ، فإن الإباحة السابقة يقدَّر عدمُها ،

(1) كذا وفي الكلام نقص .

(2) تقدم تخريجه .

وإعطاء المعدوم حكم الموجود ، كتقديم ملك الدية للمقتول خطأً حتى تورث عنه ، فإن الميراث فرع المِلك ، والملك بعد الموت محال ، وقبله في الحياة في الدية محال ، لأن سببَها زهوقُ الرُّوح ، وكتقدير الملك للمعتق عنه ، فيقدر أنه ملكه وأعتق عنه بطريق الوكالة وهوسحه[1] فيما اذا اذن له فيكون ذلك الإذن توكيلاً في نقل المِلك والعتق ، أو أعتقه عن كفارته بغير إذنه ، فإن كونَها واجبة[2] عليه ، وظاهر حاله يقتضي القيامَ بالواجب فهو كالإذن في العتق ، فإن لم يأذن فهو مشكل في التطوع ، أيْ أنْ يلاحظ تغليبُ حق الله تعالى في العتق عن المسلمين من الزكاة وعن الميت .

فرع

في **الكتاب** : إنْ أعطيتَه مالاً على تعجيل عتق عبده ومدبَّره : لَزِمَك المالُ ، والولاْء له ، لأنك مُعِين لا مُعتق ، وإنْ كان العِتقُ إلى أجَل امتنعَ ، كأخذ المال على الكتابة أو التدبير ، لأنه غرَر ، وإنْ أعتقتَ العبدَ عن امرأته الحرة فولاؤه لها ، ولا يفسخ النكاح ، لأنها لم تملكه إلاّ بِدَفع مال لك ، لأنه شراء ، وسَوَّى أشهب ، قال ابن يونس : قال محمد : فإن وَقَع الغَرر في العتق إلى أجَل ، أو التدبير أو الكتابة ، فيرد ما أخذ من المال ، وَلاَ يكون له من ثمنه شيء لفساد العَقد ، وقال أشهب : يمضي ذلك كله ويأخذ المال ، لأن الفاسد يثبت بالعتق ، قال ابن القاسم : إنْ باعه على أنْ يدبِّره المبتاع أو يعتقه إلى أجَل امتنع ، لأن مقصود العتق قد لا يحصل بموت السيد أو العَقد أو حدوث الدَّين ، فإن فات بالعتق بذلك ، فالولاء للمبتاع ، لتقرر المِلك له بالقرب ، وللبائع الأكثرُ من القيمة يومَ القبض ، أو الثمن ، لأنه رضي أنْ يأخذه بذلك ، وكذلك إنْ بعتَها على أنْ يتخذها أمَّ ولَد ، قال اللخمي في دفع المال ليدبر ، ونحوه : قال سحنون : يُوقَف المال ، فإن حصلت الحرية أخذه وإلاّ رده ، وقول أشهب حسن ، لأن هذا يراد به المعروف والتعاون على القُرَب دون المكايسة ، ولذلك يختلف إذا دَفَعه على الكتابة ، وإذا

(1) كذا .

(2) بالنسخة : واجبته .

دفَعَت الزوجةُ مالاً لسيد زَوجها على أنْ يعتقه ، ولم تَقل [1] : عني ، فالولاب للسيد ، والزوجية باقية ، لأنها لم تملكه ، أو قالت : عني ، فالولاء لها ، وانفسخ النكاح عند ابن القاسم ، لأنها ملكته ، ولا ينفسخ عند أشهب ، لأنها لم تسره [2] وإنما أعانت حروفاً [3] ، وإنْ قالت : أعتقه ولم تقل : عني ، فالولاء له ، والنكاح باقٍ ، وإنْ سالته أنْ يعتقه عنها ، فالولاء لها ، وينفسخ النكاح على قول ابن القاسم ، لأنها استَوْهَبَتْه دون أشهب ، وإنْ أُعتق عنها بغير أمرها فالولاء لها والنكاح ثابت ، قولاً واحداً .

فرع

في **الكتاب** : إنْ أعتق عن أبيه النَّصْرَاني فلاَ وَلاَء له ، وولاؤه للمسلمين ، لأنه لا ميراث مع اختلاف الدِّين ، وإنْ كان العبد نصرانياً فولاؤه لأبيه ، وإنْ أعتق النصراني نصرانياً فأسلم ، وللسيد وارثٌ مسلمٌ رجلٌ كأبٍ وأخٍ وابن عَمٍّ ، فولاؤه له ، وإنْ كان العبد حياً ولا يحجُب وارثه ، كما لو مات ولد النصراني مسلماً ورثة عبته [3] المسلمون ، فإن أسلم السيد يرجع إليه الولاء ، وإنْ اعتق نصراني عبداً قد اسلم أو ابْتاع مسلماً فأعتقه ، فالولاء لجماعة المسلمين ، ولا يرجع إليه إنْ أسلم ، فإن أعتق نصراني نصرانياً إلى أجَل أو كَاتَبَه فأسلم العبد قبل الأجَل بِيعَت الكِتابة واجل المؤجل ، فإذا حل الأجَل وأدَّى المكاتَب عُتق ، وولاؤه للمسلمين ، لمنع الكفر من التوارث ، فإن أسلم رَجَعَ إليه لزوال المانع ، ولأنه عَقد له العتق وهو على دِينِه [4] ، فإن كان العبدُ مسلماً فأعتقه بتلاً ، أو إلى أجَل وكَاتَبه ، ثم أسلم السيد قبل الأَجَل ، أوأدى الكتابة أو بعْدَ ذلك ، فإن أعتق العبد ، فوُلاؤه للمسلمين ، وإنْ أسلمتْ أم ولده فعُتقت عليه فولاؤها للمسلمين ، فإن أسلم رَجَع إليه ، قال ابن يونس : إذا أَعتَقَ نصراني من العَرَب من بني تَغلِب عبداً نصرانياً ، ثم أسلم ، فميراثه لعصبة السيد المسلمين ، وجناية العبد بعد إسلامه يعقلها

(1) بالنسخة : ولم يقل .

(2) كذا .

(3) كذا ولعلها : عصبته .

(4) بالنسخة : ديته .

مِن تَغلِب وقال أشهب : إذا أَعتق النصرانيُّ الذميَّ نصرانياً فأسلم العتيق ، ثم جَنَى وسَيدُّه نصراني ، لا يلزم ذلك ورثةَ السيد المسلمين ، ولا قرابتَه ، ولا سيده إنْ اسلم ، بل بَيتَ المال ، لأنه لو أسلم سيده ثم جنى خطأً يبلغ ثلث الدية فأكثر ، لم يكن على عصبته وقومه شيء ، بل بيت المال ، بخلاف القربى ، وإذا دبَّر النصراني نصرانياً ومات السيد على النصرانية ، عُتق في ثلثه ، وولاؤه للمسلمين ، إلاّ أنْ يكون لهذا النصراني ورثةٌ مسلمون ، فإن حمل الثلث نصفه رُق باقيه ، وإنْ كان ورثتهُ نصارى بِيع عليهم ما رَق ، وولاب ما عُتق للمسلمين ، وإنْ كانوا مسلمين : فما رُق للمسلمين ، لأن ورثته لا يرثونه ، وإنْ لم يكن له وأرث : فما رُق للمسلمين ، والفرق بين ما تركه النصراني من الموالي ، وما تركه من مال : أنّ المَوالي كَوَلَد حدث له فأسلم ، لأن الولاء كالنسب ، فإخوتُه المسلمون يرثونه ، فكذلك يرثون الموالي ، والمال يُوَرث عنه إنْ[1] كان على دِينِه لأن[2] شرطَ التّوارث اتّحَادُ[3] الدّين ، وإنما كان بيت المال يرث ما تركه النصراني مِن ولده المسلمين ، لأن السنة مضت أنْ يرثه عصبتُه المسلمون ، فصار كمن لا وارثَ له ، وإذا أعتق الكافرُ المسلم . لا يرجع إليه الولاء إذا أسلم ، لأنه يومَ أعتق لم يكن له ولاء ، وإنْ أعتقه على دِينه فولاؤه له ، لأنه يجوز له ملكه فيرجع إلى الاباء[4] بالإسلام ، وإنْ أسلمت أمتُه فأولدها بعد إسلامها عتقت عليه ، وولاؤها للمسلمين ، ولا يرجع إليه ، لأنه أولدها بعد إسلامها ، ويمتنع عليه ملكها ، ولو أسلم قبل أن تعتق عليه لبقيت في ملكه وتعتق من رأس ماله بعد موته وولاؤها للمسلمين ، كما لو دبر عبده أو كاتَبه بعد إسلامه فلم يؤجل المدبَّر ، ولا بيعت كتابةُ المكاتَب حتى أسلم السيد ، فإنهما يبقيان على حالهما بيده ، فإذا عتقا فوَلاؤُهما للمسلمين لأنه عَقَد لهما ذلك ، وهم مسلمون ، وقال (ش) و(ح) : إنْ أسلم العبد فأعتقه قبلَ بَيعه عليه فولاؤُه له ، لأنه أعتق قبل زوال ملكه ، والولاء لمن أعتق .

---

(1) (إنّ) زيدت لاقتضاء السياق لها .

(2) بالنسخة : لأنه .

(3) بالنسخة : اتخاذ .

(4) كذا .

وجوابه : منعنا من بيعه عليه بعتقه لِيَبقى له الولاء فيمنع من الولاء كالملك ، وإذا أعتق المسلم نصرانياً : قال مالك : يرثُه ولَده الذي على دِينِه دون أخيه وغيره ، لأن الوَلَد مَولَى مَن عُتق أبوه ، وعنه : لا يرثه ورثتُه الكفار ، بل المسلمون ، وعنه : يرثه ابنُه وأبوه دون غيره ، وعَنه : يرثه إخوته ، قال ابن القاسم : يرثه كلٌّ وارث من القرابة ، وقال المخزومي : لا يرثه مَولاَهُ أبداً ، بل ولده وإلاّ فَبَنُوا عَمه ، وإلاّ فمَن أخذ ميراثه من النصارى ، فإن لم يطلُب ميراثه أحدٌ ، أوقفناه في بيت المال ، ولا يكون فيئاً فتَلَخّص – إنْ لم يترك ورثة – ثلاثةُ أقوال : مالُه للمسلمين دون الوَرَثَة ، لولده خاصة ، لأبيه وابنه ، لهما ولأخوته ، لكل مَن يرث من القرابة ، وهو مذهب **المدونة** ، قال ابن القاسم : إذا كاتب المسلم عبدَه النصراني ، وكاتَب المكاتب عبداً له ، ثم أسلم الأسفل ، أو جهل بيع الكتابة حتى أدَّيا جميعاً فعتقا ، فولاء الأَعلا لسيده ، ولا يرثه لاختلاف الدِّين ، بل المسلمون ، وإنْ أسلم ورثة السيد عند عَدَم القرابة ، وولاء الأسفل للسيد الأَعلا ما دام سيده نصرانياً ، ولو ولد للمكاتب الأَعلا ولد بعد العتقِ فبلغ وأسلم ، ثم مات ورث مولَى أبيه ، وإنْ أعتق عبيداً مسلمين وماتوا وَرِثَهم بيتُ المال ، لأن ولاهم لم يثبت لهذا النصراني حين أعتقهم فيجره إلى سيده ، فإن أسلموا بعد العتق وَرِثَهم السيد سيد مَوْلاَهُم ، أو ولد مسلم إنْ كان لهذا المكاتَب النصراني ، وكل مَن لا يرجع إلى النصراني ولاؤه إذا أسلم ، فليس لسيده مِن ذلك الولاء شيء ، فكل ولاء إذا أسلم رَجَع إليه فذلك الوَلاء مَا دام نصرانياً لسيده الذي أعتقه ، قال اللخمي : إذا أعتق النصراني نصرانياً فله ولاؤه ، ويعقل عنه أهل جزيته ، فإن مات معتقه ، ثم مات العتيق ، وَرِثَهُ مَن له الولاء عند أهل دِينه .

فرع

في **الكتاب** : يمتنع عِتق المكاتب والعبد وتدبيرُهما بغير أذن السيد ، وللسيد رد ذلك ، لأنه تنقيصٌ لماله ، فإن ردهم [1] يلزمهما إذا أعتقا ، لأن رد السيد فسخ ، وإنْ لم

(1) بالنسخة : رد هلم .

يعلم حتى عتقا نفذ ، والولاء لهما لعدم الفسخ ، إلاّ أنْ يستثني السيد مال عبده عند العتق ، ويرد فعل العبد ، ويرجع معتق العبد رقيقاً للسيد ، وما أُعتقا بإذن السيد جاز ، والولاء للسيد ، لأنه كالمعتق في المعنى بإذنه ، وإذا أعتق المكاتب رجع إليه الولاء ، لأنه ليس له انتزاع ماله ، وإنْ عتق العبد لا يرجع إليه الولاء ، وأم الولد في العتق كالعبد ، لأنها رقيق ، وله انتزاع مالها ، قال ابن يونس : قال محمد : إذا علم السيد ولم يرد هو كعدم علمه كالأخذ بالشفعة والردِّ بالعيب ، وأصل مالك : انّ من له انتزاع ماله ، فؤلاء من أعتق بإذنه ، ومن لا فلا ، كالمكاتب ، فإن أعتق المدبَّر وأم الولد في مرض السيد بإذنه : فقال أصبغ : الولاء لهما لتعذر نزع المال حينئذ ، وقيل : للسيد ، لأنه لو صَح انتزع ، وقاله أشهب في المعتق بعضُه يعتق بإذن سيده ولا يرجع ، وإنْ امتنع النزع ، وخالفه ابن القاسم ، وقال محمد : عتق المدبَّر وأم الولد بإذنه في المرض موقوف ، إنْ مات فالولاء لهما ، وإلاّ فله ، لكشف الغيب عن امتناع النزع وجوازه ، وكذلك المكاتب يعجز ثمّ يعتق لا يرجع إليه الولاء لانكشاف الغيب عن امكان النزع ، فإن أعتق عبد مشترك فيه عبداً بإذن أُحَد[1] الشريكين ولم يعلم الآخر حتى اعتقاه ، أنّ ولاء ذلك العبد له دون سيديْه ما بقي العتيق أو عصبتُه الأحرار ، لتعذر النزع في المال على السيد دون الآخر ، قاله ابن القاسم ، وفي **العتبية** : إنْ أعتق المعتَق بعضُه بإذن مَن له فيه الرق فالولاء بين المعتق لبعضه والمتمسك نصفيْن ، فإذا عتق رَجَع إليه ، وإنْ اعتق نصفه فله رد عتقِه ، قال مالك : إنْ أعتق المدبّر أو الموصَى بعتقِه بعد موت السيد وقبل التقويم في الثلث ، وقف عتقه ، فإن خرجا منه انعدما ، أُعتقا أو جَنَيا بعتقه ، وإنْ خرج البعض رد العتق كله لتعيين الحج . قال ابن القاسم في **الكتاب** : إنْ أعتق المكاتَب عبدَه على مال العبد امتنع ، لأن له انتزاعه وإلاّ جاز على وجه النظر ، لأن له مكاتبة عبده على وجه النظر ، وإنْ كره السيد ، فإذا أدى المكاتَب كتابتَه ، فله ولِمُكاتبه وإلاَّ فللسيّد[2] ، وفي **الكتاب** : قلتَ للمكاتب : إعتق عبدكَ على ألف ولم

(1) بالنسخة : الحد .

(2) بالنسخة : ولا مكاتبه ولا فللسيد .

تقـل : عني جاز ، إنْ كان الألفُ ثَمَن العبد أو أكثر ، والولاء للمكاتب إنّ عتق وإلاّ فللسيد ، ولا شيء لك ، لانك مُعِين لا مُعتِق ، وإنْ حَابَى[1] المكاتَبُ المشتري حين قال له : أعتقه ، ولم يقل : عني ، لم يكن للسيد إلاّ أجازة ذلك ، أو يرده ، أو ينقض العتق ، والفرق : وأنه إذا قال : أعتقه عني فكأنه[2] اشتراهُ وأعتقه ، فوجب عليه غُرم المحاباة ، وإنْ لم يكن له مال رد مِن عتق العبد ، بقدر ذلك ، لأنه دَين قبل العتق ، وإذا لم يقل : عني ، فإنما دفعتُ المال ليعتقه عن نفسه ، فهو كعتقه ، فإما يُجيزه السيد أو يرده ، واما رغبة في أنك اشترطتٌ عليه الولاء لك ، وأنك قلتَ له : عني ، صدق مع يمينه ، فإن نَكَل حلفت ولك الولاء ، قال اللخمي : وإنْ أعتق العبد بغير إذن سيده ، فعلم به فأجازه ، فهو كالعتق بإذنه ، وإنْ علم ولم يرد فقولان ، وقيل : إذا لم يعلم حتى عتق العبد : فالولاء للسيد ، وإذا أعتق المكاتب فمات العتيق قبل العجز والأداء ورثها السيد الأعلا إنْ لم يكن له نسب دون نسب المكاتب ، ولا يجّر الولاء حتى يستكمل الحُريـة ، فإن بعد[3] الأداء وموت المكاتـب الذي هـو سيده الأدْنى ، ورثهُ الولـد[4] الذين كانوا معه .

فرع

في **الكتاب** : اذا كاتب المسلم عبدَه النصراني وكاتَب المكاتب عبداً له نصرانيًا ، ثم أسلم الأسفل ، فلم تقَع الكتابة وجهل ذلك حتى أديا جميعاً فعتقا ، فولاء الأعلا لِسيده ، ولا يرثه لإختلاف الدِّين ، ويرثه المسلمون ، ولو أسلم كان ميراثه لسيده ، وولاء الأسفل للسيد الأعلا ما دام سيده نصرانياً ، وإنْ ولد للمكاتب الأعلا بعد العتق ولد فَبَلَغ وأسلم ومات ، فولاؤه لورثة مولى[4] أبيه ، وأما إنْ أعتق عبداً مسلماً ومات عن مال ورثهُ المسلمون ، لأنه لم يثبت له ولاؤه فيجره للسيد ، وإنْ تأخر إسلام العبد

---

(1) بالنسخة : و إنْ جابر .

(2) بالنسخة : مكانه .

(3) كذا .

(4) كذا وعليها علامة التوقف : * عند الناسخ .

بعد عتقه ، ورثهُ سيدُه أو ولده المسلم إنْ وجد لهذا المكاتب النصراني ، وكل مَن لا يرجع إلى النصراني من ولائِه شيء إذا أسلم هو ، فليس لسيده الذي أعتقه .

فرع

قال : إذا أعتق حاملاً من زوج حر ، فولاء جَنينها للسيد ، لأنه المعتِق ، وقال عطاء بنُ أبي ربَاح : ميراثه لأخيه ، قال ابن يونس : قال محمد : إذا أعتق أَمَتَه الحامل من العبد ، ووضعتْه بعد العتق ، ثم حملت بآخر ولدتْه : فميراث الولدَيْن لمعتق الأب والأم يرثهما جميعاً بالنسب ، فإن مات قبلها ثم مات بعده ورث الأول مولى الأم ، والثاني مولى الأب .

فرع

في **الكتاب** : قال يحيى بن سعيد[1] : إنْ تزوج أمة بغير أذن سيده فأولدها فعتق الولَد قبل أبويه ، ثم عتقا ، فيرثاه ما بقيا ، قال مالك : فإن مات فولاء الولَد لمن أعتقه ، ولا يجر الوالدُ ولاء ولد لسيده ، وإنما يجر إليه ولاء ولده من زوجته الحرة ، وأما الأمة فولاؤهم لمعتقهم ، لقوله[2] ﷺ : **(إنَّما الوَلاَء لِمَن أَعتَقَ)** قال ابن يونس : قال مالك : وما ولد للمدبّر أو المكاتبة من زوج حر أو مكاتب . فمنزلتها[3] ولاؤه لسيدها دون سيد الأب ، قال ابن القاسم : وكذلك لو وضعته المكاتبة بعد الأداء إذا مسه الرق في بطنها ، لأن الأم أقوى في تبعية الوَلَد ، بدليل الرق للحرية ، وإذا مات مكاتب وترك ولداً من زوجة حرة . وولدا آخر حدثوا[4] في الكتابة من أَمَته ، وترك وفاء الكتابة أو لم يترك ، فأدى[5] عنه ولده الحادث في الكتابة ، فلا يجر إلى سيده ولا ولده الأحرار في الوجهيْن ، لأنه مات قبلَ تمام حريته[6] ، ولا يجر الولَد الحادث في الكتابة إلى السيد

(1) بالنسخة : يحيا ابن سعيد .
(2) تقدم تخريجه .
(3) كذا .
(4) كذا . ولعله : وُلدا أُخر .
(5) بالنسخة : فودى ، وهكذا في الجزء كله لا يهمز الناسخ إلاّ نادراً .
(6) بالنسخة : حرمته .

ولاء إخوتهم ، قال مالك : فإن كاتب المكاتب عبداً له ، ثم هلك المكاتب الأول وترك ولداً حَدَثوا في الكتابة ، أو كاتب عليهم ، وولداً أحرارا فأدى وُلده الذين في الكتابة ، كان ولاء المكاتب الأسفل إذا ادى لوَلَد المكاتب الأول الدِّين[1] في الكتابة دون وَلَده الأحرار كفاضل ماله ، قال عبد الملك : ولا الأسفل للسيد الأعلا دون ولد المكاتَب الذين أدوا بقية[2] الكتابة بعد موت أَبيهم ، لأن اباهم مات قبل تمام حريته ، قال ابن القاسم : وإنْ أدى المكاتب الأسفل قبل الأعلى ، ثم أدى المكاتب الأعلا لَرَجَع إليه ولاء مكاتبة الأسفل عند مالك ، لأنه كان حائزاً لِماله ونفسه .

فرع

قال اللخمي : إنْ دبر العبدأمتَه بغير أذن سيده فأجاز أو أُذِنه فذلك انتزاع ، والولاء للسيد الأعلا ، ويعتق من رأس ماله ، والعِتق[3] معلق بحياةِ العبد ، ويحرم عليه وعلى السيد وطؤها ، فإن لم يعلم حتى عتق العبد فعلى القول أنّ الولاء للعبد يكون يعتق من ثلثه ، والولاء له ، ويجوز له وطؤها ، وإنْ دبَّر المعتق إلى أجَل قبل قرب أجَله بإذن سيده ، فهو انتزاع ، وهو عتق إلى أجَل ، وإنْ قرُب الأجل وامتنع نزع ماله فهو تدبير ، فإذا انقضى الأجَل عتق بموته من ثلثه ، وإنْ دبّرت أم الولَد في صحته بإذنه فهو معتق إلى أجَل من رأس مال السيد الأعلا ، والعتق معلق بحياتها ، أو في مرضه فهو مدبّر معتق من ثلثها ، وأعتقت بعد موت سيدها ، ثم ماتت ، ثم مات المولى ، فوَلاؤه لولدها دون ولد سيدها ، فإن لم يكن فلِوَلَد سيدها ، لأن ولدها يرث بالنسب ، وولد السيد بِالوَلاء ، وإنْ دبّر المكاتب خُيِّر سيده بين الإجازة والرد ، وإنْ أجاز المكاتب من الوطث خوفاً أنْ يعجزَ فيكونَ معتَقُه إلى أجَل ، فلا يحل لواحد منهما ، فإن أديا كتابته كانت مدبَّرة يعتق من ثلثه ، ولا يمنع عنها ، وإنْ دبر المعتَق بعضه بإذن مَن له فيه رق فهو مدبّر ،

---

(1) بالنسخة : الدين .

(2) بالنسخة : ودوا ففيه .

(3) بالنسخة : والمعتق .

لامتناع نزع ماله ، ويجوز له الوطْء ، فإن مات عتقت من ثلثه ، وأخذ المتمسك بالرق الباقي وهو الثلثان ، لأنه مات المعتق بعضه قبل تمام حريته ، وكل موضع يصح فيه التدبيرُ يكون الولاب فيه للسيد الأسفل ، وإلاّ فمعتَق إلى أجَل ، والولاء للأعلا .

فرع

في **الكتاب** : إذا أسلم عبدُ الحربي وخرج إلينا وأسلم بعد خروجه فهو حُرٌّ ، وولاؤه للمسلمين لِزوال[1] المِلك عنه بالخروج ، وإنْ أسلم سيده بعده وقَدم لَم يردّه في الرق ، ولم يرجع إليه الولاء ، فأما إنْ أعتقه بِبَلَد الحرب ، ثم أسلم العبد وخرج إليها ، ثم خَرَج سيده فأسلم ، رجَعَ ولاؤه إليه إنْ ثبت عِتقُه إياه بشهود[2] مسلمين ، لثبوت الملك وقت العتق ، وإنْ قدمت جاريتُه[3] بأمان فأسلمت فولاؤها للمسلمين ، فإن سبي أبوها بعد ذلك فعُتق وأسلم جرَّ ولاءه لمعتقه ، لأنه يملك ولاءها أحرورة[4] تقدم فيها أو في ابنتها ، وقال سحنون : لايجرّ الأب ولاءها ، لأنه قد ثبت للمسلمين ، قال ابن يونس : إنْ قدم التاجر فأسلم فقَدِم أبوه بعده ، وشهد مسلمون أنه أبوه ، لحقه نسبُه ، قال أشهب : عِتق الحربي في دار الحرب باطل ، وَلاَ وَلاءَ له به ، وإنما أعتق هذا العبد خروجه إلينا ، ولو مات عندنا بَعَثْنا بتركته إليه ، لأن القاعدة : أنّ عِتق النصراني باطل ، إلاّ أنْ يسلم أحدهما ، وإنما يصح كلام أشهب إذا أسلم العبدُ بعد خروجه ، وعليه يدل كلام محمد ، أما قبل خروجه فيَنتَفِي الوِفاق عليه ، لأن أشهب يجعله حراً بإسلامه ، وإنْ لم يخرج إلينا ولم يعتقه سيده ، فكيف إذا أعتقه ؛ فيكون ولاؤه لمولاه ، لأنه أعتقه وهو على دِينه ، فإذا قدم مَوْلاهُ فأسلم رَجَعَ إليه ولاؤه في قَول ابن القاسم وأشهب ، وإنْ

---

(1) بالنسخة : بزوال .

(2) بالنسخة : شهود .

(3) بالنسخة : حريته .

(4) كذا وكتب عليها الناسخ : ﻫ علامة التوقف فيها عنده .

أسلم عبد الحربي بيده : قال ابن القاسم : لا حرية له إلاّ أنْ يخرج قبلَ سيده فيكون حراً بخروجه ، فإن جاء سيده فلا ملك له ، ولا ولاء له ، أو جاء سيده قبلَه كافراً أو مسلماً كان له رقاً ، وكذلك لو تقدم معه يومَ يبيعه مَن مسلم إنْ لم يسلم ، وذلك أنه خرج قبلَ سيده فقد غنم نفسَه كما لو غنم غيره ، وإنْ اسلم سيده قبل خروج العبد الذي أسلم لبقي ملكه عليه ، وإنْ خرج العَبد قبلَه ، وجعله أشهب حراً بإسلامه ، قال : لو صَح ذلك ما كان ولاء بلال لأبِي بَكر رضي الله عنهما ، وقد أعتقه قبل إسلامه ، فاضطر أشهب إلى أنْ قال : لم يكن ولاؤه لأبي بكر ، وقَد قَال[1] مالك : بلغني أنّ بلالا طلب الخروج إلى الشام في الجهاد فمنعه أبو بكر رضي الله عنهما ، فقال له بلال : إنْ كنتَ اعتقتَني لِنفسه فاحْبِسني ، أو أعتقتَني لله فخَلّ سبيلي ، فقال له : خليتُك . وهو يؤيد قولَ ابنِ القاسم ، قال أشهب : لو أسلم سيده بعده بساعة ما كان له ولاؤه حتى يسلم قبله أو معه ، واتفق ابن القاسم وأشهب إنْ دخلنا[2] دار الحرب وقد أسلم العبد وحده أنه بذلك حر ، قال ابن القاسم : وذلك استحسان [3] ولايته لخروجه إلينا ، قال ابن القاسم : إنْ أسلم ولد الذمي قبل أبيه فلحق الأب بدار الحرب ناقضاً فيسبى[4] ويباع ويعتقه المبتاع ويسلم ، لا يجر ولاء ولده إلى معتقه لأنه ثبت[5] للمسلمين ، وهو شبه قول سحنون في الحربية التي قدمت بأمان ، قال : ويحتمل الفرق ، وعند ابن القاسم : أنَّ ملك ابن الحربية ملك مجمع عليه ، فإذا أعتق قوي في جر الولاء ، وملك الذمى الناقص مختلف فيه لأن اشهب يقول : هو حر يمتنع استِرقَاقُه ، وإنّ ولاء ولده قائم للمسلمين .

---

(1) رواه ابن سعد في (الطبقات 236/3–237) باسنادين لا بأس باحدهما ، ورواه ابن الأثير في (اسد الغابة 244/1) .

(2) كذا .

(3) كذا .

(4) بالنسخة : ناقصاً فسبي .

(5) بالنسخة : لا ثبت .

فرع

في **الكتاب** : إذا أعتق الذمى عبداً له نصرانياً فأسلم ولحق السيد بدار الحرب ناقضاً للعهد فسبي ، ثم أسلم رجَع[1] إليه ولاؤه ، ولا يرثه لما فيه من الرق ، بل المسلمون إلاّ أنْ يعتق قبل موته ، ولا يرثه سيده الذي استرقه ما دام هو في الرق ، ولا يشبه ذلك المكاتَب الأسفل يؤدي قَبل الأعلا ، ثم يموت عن مال ، هذا يرثه السيد الأعلا ، لأنه قد أعتقه مكاتب هو في ملكه ، وهذا أعتق هذا ، وهو حرٌّ قبل أنّ يملكه هذا السيد ، فإن عتق فولاؤه له ولا يجره إلى معتقه الآن : وإنما يجر إليه ولاء ما يعتق أو يولد له من ذمي قبل ، فأما ما تقدم له فاسلم قبل أنْ يؤسر فلا يجر ولاءه لمعتقه لأنه ثبت للمسلمين ، ولو صار هذا حين سُبي في سهم عَبده الذي كان أعتقه فأعتقه ، ثم أسلم هو أيضاً ، فَولاَء كل واحد منهما وميراثه لصاحبه ، قال ابن يونس : قال محمد في عتق الذمي ثم يهرب : أنه يجر ولاء من أعتقه ، وولاء ما كان أعتق قبلَ لُحُوقه بدار الحرب ، وهو خلاف **المدونة** كجوابه في الحربية وهما سواء لَم يَملك ولاهم أحد ، وإنْ هرب ثانية لدار الحرب وجاوب فسبي وبيع فأعتقه مشتريه ، فولاؤه لمعتقه آخراً ، ولا يجره إليه ، ولا ما عتق قَبل لحوقه الثاني لدار الحرب ، ولا ولاء ولده ، لأن وَلاَءهم لمعتقهم أولاً ، ولكن ما أعتق من الآن أو ولد له ، وفي **المدونة** : إنْ أعتق المسلم عبده النصراني فنقض العهد بغير عذر ، وسبي واشتري فأعتق ، فولاؤه للثانيْ ، وما تقدم من ولد من حرة أو أعتق من عبد قبل نقضه : فولاؤهم للأول ، لأن الولاء نسب ثابت ، وهؤلاء لم ينقضوا العهد فينتقض ولاؤهم وحريتُهم كالعبد يتزوج حرة فيولدها ، والأملاك تتداوله حتى يعتق ، فؤلاء أولاده لمعتِقه ، وقال أشهب : ناقض[2] العهد يرد معه إلى حريته إلاّ ولاء أولاده ، والفرقُ عند ابنِ القاسم بينَ هذا وبين القادمة بأمَان فتسلم فيصير ولاؤها للمسلمين ، ثم يسبى أبوها ويعتق أنه يجر ولاؤها ،

---

(1) بالنسخة : رفع .

(2) بالنسخة : نقض . . . إلاّ ولا وأولاده .

لأن هذه لم يَملِك ولاها أحد مسَّه عتق ، ولو سبي[1] أولاً فعتقت لبقي ولاؤها ، ولا من أعتقت كمعتقها[2] ولا منتقل[2] إلى معتق أبيها ، وإذا قلنا بما في **الكتاب** : إذا سباه عبده فأعتقه وصار ولاء كل واحدٍ لصاحبه[2] ، قال محمد : إنْ مات أحدهما ورثهُ الباقي ، وميراث الباقي للمسلمين ، وقال أشهب : يرجع الأول حراً ويرد إلى ذمته ، وله ولاء مولاهُ[3] ، وعلى القول الأول يجر إلى معتقه الآن ولاء ما تقدم له من عتق أو ولد من حرة إنْ لم يمس رقبته ، ولا عتق ، أما لو مسه فلا يجر ما تقدم له من ولاء عتق أو ولد إلى معتقه أحداً .

فرع

في **الكتاب** : إذا أعتق المسلم نصرانياً فلحق بدار الحرب ناقضاً للعهد فسبي وهو فسيء[4] ، فإن عتق فولاؤه لمعتقه أخيراً ، فإن أعتق فَصارَ قَبل لحوقه أو تزوج حرة نصرانية فولدت منه أولاداً ثم أسلموا فولاؤهم لمولاه الأول ، لأن ذلك قد ثبت له ، وولاؤه هو وولاء ما تولد له أو يعتق من الآن لمولاه الثاني ، ولا يجر إليه ما قبل الرق الثاني .

فرع

في **الكتاب** : إذا ردت شهادته بالعتق ، ثم اشتراه أوصى[5] أبنه بعد موته أنه أعتق عبداً في وصيته ، ثم ورثه عنه مباشرة[6] ، أو اقر بعد الشراء أنه حُرٌّ ، أو أنّ البائع أعتقه والبائعُ منكِر ، أو قال : كنتُ بعت عبدي منك فأعتقته وأنت تجحد

---

(1) كذا .

(2) بالنسخة : اصاحبه .

(3) بالنسخة : موليه . والناسخ كثيراً ما يكتب الحمل بألف على الياء أو الواو . كاشتريه . والزكو الخ .

(4) كذا .

(5) بالنسخة : أو على .

(6) بالنسخة : باشره .

عتق العبد في ذلك كله بالقضا[1] وولاؤه لمن يزعم أنه أعتقه مؤاخذة بالإقرار ، أو أقر أنها أم ولد لبائعها له ، حرُم عليه وطؤها ، ولا يعجل عتقها حتى يموت البائع ، إذ لعل البائع يقر بذلك فتعود له . في التنبيهات : قال أشهب : إنْ أقر أنه باعه من فلان فأعتقه لا يعتق عليه إلاّ أنْ يقر بعدما اشْتَراهُ ، حينئذ يكون إقراراً على نفسه ، وفي النكت إذا اَقر أنّ بائعه له أعتقه ، والبائع منكِر ، عتق على المشتري ، لإقراره ، زاد ابن يونس : وولاؤه للذي قُضي عليه بالعتق ، وإذا مات العبد عن مال فللمشتري منه مقدارُ ثمنه ، وباقي المال يكون للبائع إنْ ادعاه ، وإلاّ كان موقوفاً ، فإن ترك أقل من الثمن فليس له غيره ، فإن مات البائع أو لا قبل العبد ، ثم مات العبد ولم يترك البائع مالاً فليس للمشتري من مال العبد شيء ، لأنه يورث بالولاء ولم يظلمه الوصية ، ولا الثمن[2] في ذمة من ظلمه ، والثمن على البائع ، إنما يلزم تركته ولم يترُك مالاً ، فلا شيء له ، فإن ترك البائع مقدار الثمن لم ياخذ الورثة ما تَرَك العبد حتى يرثوا الثمن ، أو مقدار ما تَرك البائع .

قال ابن يونس : إنْ قال الشاهد : كنتُ شهدت بباطل ، قال أشهب : لا أعتقه عليه بعد تحليفه ، فإن نَكَل عتق عليه ، وولاؤه للمشهود عليه ، وإذا مات المشهود بعتقه بعد المشهود عليه ، لا يرثون الولاء كالنساء ، ويرثه[3] المسلمون ، ولا شيء للشاهد من تركة الميت ، لأنه منكِر ، وكذلك إنْ كانوا يرثون الولاء ، وترك العبد مَن يرثه بالنسب فلا شيء للشاهد من التركتَيْن ، وإذا اشترى عبداً فأقر أنّ بائعه أعتقه وتركه المعتِق قبلَ موت المشهود عليه أو بعده[4] كما تقدم فمن ردت شهادته لعتقه ، ثم اشْتَراهُ ، وإذا قال : كنتُ بعتُ عَبدي هَذَا ابنَ فلان فأعتقه وهو يجحَد ، والمشتري ملي بالثمن ، لم يسترقّه البائع ويحكم عليه بعتقه ، أو معدماً ولا فضل في قيمته فلا بأس باسترقاقه ، وإذا أقر أنها أم ولد للبائع ،

---

(1) كذا .

(2) كذا .

(3) بالنسخة : ورثهُ .

(4) كذا وفي الكلام نقص .

فماتت عن مال قبل موت البائع ، أخذ هذا منه قدَر الثَّمَنِ والباقي للبائع إنْ أقر ، وإلاّ وقف ، وإنْ مات قبلها فما تركت لمن يرث الولاء عن البائع كما تقدم في العبد ، قال بعض شيوخنا : نفقتها في الإيقاف إنْ عَجَزت عن نفقة نفسها على البائع ، لأنها وُقفت له ، فإن أَبى[1] عتقت عليه ، وكذلك أم ولد الذمي إذا وُقفت له ، قال ابن يونس : وعندي أنّ نفقتها على المشتري لأنها في ضمانه[2] ، فهو يدفع بإقرارها النفقة عن نفسه ، ورد ثمنها فلا يقبل منه فيها ، ولأنه ظالم في شرائها ، والظالم أحقُّ أنْ يحمل عليه ، بخلاف أم الولد[3] الذمي فإن نفقتَها كانت على سيّدها ، وليست بمُتعدية في إسلامها ، وملكه باقٍ عليها ، قال اللخمي : إذا كان ورثةُ البائع رجالاً ونسات ، فللمشتري الأقل من ثلث ما خلفه العبد ، أو الثمن ، أو ما ينوب الذكور من الميراث ، وقيل : يأخذ جميعَ الثمن لإقرارهم أنّ الذي أخذه السيد أخذه بغير وجه ، والميراث مؤخر عن الدَّين ، فإن كان وارث الولاء عصبةً أو بنون[4] ولم يترك للبائع مالاً ، فَلِعَصبته جميعُ ما خلف الولي ، ولا شيء للمشتري ، وإنْ كان ورثة السيد نسات وأُحَطْن[5] بجميع تركته ، وَوَرِث الولاء عصبته لم يكن للمشتري شيء ، وإنْ شهد أحد الشريكيْن على الآخر أنه أعتق نصيبَه من العبد وهو مُوسِر : قال ابن القاسم : يعتق ، وقال غيره : لا يعتق ، قال اللخمي : إنما يصح العتق على القول بالسراية دون القول أنه لا يعتق بالقيمة ، لأنه لا يعتق نصيبه إلاَّ بعد أدَائِها .

فرع

في **الكتاب** : إذا أعتق المكاتب عبده على مال العبد امتنع ، لأنه قادر على

(1) بالنسخة : أتى .
(2) بالنسخة : في ضمانها .
(3) بالنسخة : أم الولد الذمي .
(4) كذا .
(5) بالنسخة : وأحاطوا الجميع .

انتزاعه ، وإنْ لم يكن له جاز على وجه النظر ، فإن كره الس[1] ، فإن أدى فله ولا مكاتبه ، أو عجز فالولاء لسيده .

فرع

قال : إنْ قلت لمكاتبك أو المأذون له : أعتق عبدك هذا عني ولك ألف درهم ، جاز لأنه بيع ، وبيعهما جائز .

فرع

قال : ولد المدبَّرة والمكاتبة من زوج حُرٍّ أو مكاتب لغير سيدها مثلها[2] في الرق والحرية ، وولاؤه لسيدها دون سيد الأب ، وكذلك إذا وضعتْه بعد الأَداء إذا مسه الرق في بطنها ، لأن مَن أعتق أمتَه وهي حامل من زوج عبد فولَدَته بعد العتق ، أنّ ولدها حر ، وولاؤه لسيدها .

فرع

قال : عبد مسلم بين مسلم وذمي فأعتقاه معاً ، فولاب حصة الذمي للمسلمين لاختلاف الدِّين ، أو نصرانياً فنصف جنايته على بيت المال لا على المسلم ، لأنه لا يرثه ، ونصفها على أهل خراج الذمي الذين يُؤدون معه ، وإنْ اسلم العبد بعد العتق ، ثم جَنَى فحصةُ الذمي على المسلمين ، لأنهم ورثوا حصته ، والنصف على قوم المسلم ، لأنه صار وَارثاً لحصته منه ، فإن أسلم الذمي رجع إليه وَلاَب حِصته ، ثم تكون جناية الخطأ نصفها في بيت المال ونصفها على قوم المسلم ، في النكت : قيل في المشترك بينك وبين الذمي : عليه نصف الجزية ، وهو النصيب[3] الذي يخص النصراني ، قال ابن يونس : يريد في الجناية إنها تبلُغ ثلثَ ديته ، أو ثلث دية المجني عليه .

---

(1) الكلمة في الصورة مخرومة . ولعلها : السيد .

(2) بالنسخة : مللها .

(3) بالنسخة : النصيب الذمي .

فرع

قال : إنْ عتق العبد من الزكاة ، فولاؤه وولاء ولده من الحرة للمسلمين لعتقه من مالهم ، وعقل موالي المرأة على قومها ، وميراثها إنْ ماتت لِوَلَدَها الذكور ، وإنْ لم يكن فلذكور ولدها الذكور دون الإناث ، وينتهي مولاها إلى قومها كما كانت هي تنتهي ، فإذا انقرض ولدها وولد ولدها ورثتها مواليها لعصبتها الذين هم أقعَد بها يوم يموت المولى دون عصبة الولَد ، قاله عدد من الصحابة ، قال ابن يونس : ما أعتقه عن كفارته فولاؤه له ، لأنه استحدث ذلك على نفسه ، فهو كإحداث العتق ، والزكاة أوجبها الله للفقراء ، ويكتب المعتِق من الزكاة أو سائبة في شهادته : فلان مولى المسلمين ابن فلان ، ولا يكتب فلان بن فلان مولى المسلمين ، ليلا يُدخل أباه في ولاء المسلمين ، قال مالك في **الكتاب** : ومن أسلم وكان ولاؤه للمسلمين فتزوج امرأة من العَرب ، أو من الموالي معتقة ، فوَلَدت ، فولاء الولد للمسلمين ، والوَلَد ها هنا تبع للأب[1] ، فإن مات الأب ، ثم مات ولدُه ، فميراثه للمسلمين ، وكل معتقة أو حرة من العرب تزوجَها حرٌّ عليه وًلاب حُرٌّ ، ولده منها لمواليه ، ويرث ولده من كان يرث الأب إنْ كان الأب قد مات ، وفي **الموازية** : إذا مات أبوه ورثته أمه وأخوته لأمه ، للأم السدس ، ولأخوته الثلث ، والباقي لبيت المال إنْ كانت أمةً عربية ، أو لمولاها إنْ كانت معتقة .

فرع

إذا تزوجت الحرة عبداً فولدت منه ، فولاء الولَد لموالي الأُم ما دام الأب عبداً ، فإن عتق الأب جر ولاءهم لمعتقه كَوَلَد الملاعنة ينسب لموالي أُمه يرثونه ويعقلون عليه ، فإذا اعترف أبوه وانتقل الولاء لمواليه : فإن كان لولد العبد من الحرة جَد أو جد جد قد عتق قبل الأب جَر ولاء الولد لمعتقه ، قال ابن يونس : قال محمد : لو أنّ وَلَدَ هذا من الحرة كبِر فاشترى أبواه[2] فشَق عليه ،

(1) بالنسخة : للافان .

(2) كذا ولعله : أباه .

لكان ولاب هذا الأب لأبنه يجره لموالي[1] أمه ، كما لو اشْتراهُ غيرُ الإبن فأعتقه فجر ولاءه لمواليه ، فولاء الأب ها هنا وولاء ولده لموالي أم وَلده التي أُعتقها ، قال اللخمي : ميراث موالي المرأة لعصبتها : وعقلُهم على قومها ، هذا مع عدم الوَلَد ، واختلف في ميراث ولدها منهم ، قاله مالك ، ومنعه ابن بُكَير ، لأن علي بن أبي طالب رضي الله عنه قاله ، وسنة الصحابة والتابعين : ولاء وَلَد الحرة المعتقة إذا كان زوجُها عبْداً لموالي أمه ما دام أبوه عبداً ، فإذا عتق جَرَّه إلى مواليه ، فإن لم يكن له أب ، فمعتَق أبيه فإن لم يكن ، فالمسلمون ، قاله ابن القاسم في **الكتاب** ، وقال محمد : إذا عدم المَولَي فَمَولَى الأم بيتُ المال عند مالك ، وقال محمد : مُعتِق الأم ، فهذا جواب الولاء فيمن أعتق ، وأما من أعتق من أعتقن فَلَهُن ولاء المعتق الأسفل ذكراً أو أنثى ، وأما ولدُه فإن أعتق عبداً وأمة ، ثم أعتق ذلك العبد المعتق أو الامة عبداً أو أَمة فولاؤهم للأعلا ، فإن عدم فللأسفل ، فإن كان الأسفل عبداً جر ولاء اولاده لمعتِق معتقه ذكورهم وإناثهم ، وإنْ كان الأسفل أمة فولاء ولدها لمعتق زوجِها ذكورهم وإناثهم ، ولا يجرهم لمعتقها ولا لمعتق معتقها .

فرع

في **الكتاب** : إنْ اشترى بنتان أَباهما فعتق عليهما ورثتا[2] منه بالنسب الثلثين ، والثلث بالولاء إنْ لم يكن عصبة ، فإن ماتت إحداهما قبلَه فمالُها لأبيها ، فإن مات بعد ذلك فللإبنة الأخرى النصفُ بالفرض ونصف ما بقي بما اعتقت منه ، فإن كانت واحدة واشترى الأبُ بعد عتقه ابناً له فعتق عليه ثم مات الأب ورثهُ الإبن والإبنة للذكر حظ الأنثيين ، فإن مات الإبنُ ورثتا النصف بالنسب والنصف بالوَلاء ، لأن الإبن مولى من أعتقت ، قال ابن يونس : قال مالك : ابن وابنةٌ اشتريا أباهما ثم أُعتق الأب عبداً ، ثم مات الأب ، ثم مولاه ، فميراث الأب بينهما على الثلث والثلثين ،

---

(1) بالنسخة : يجره الموالي أمه .

(2) بالنسخة : ورثا .

وميراث المَولَى لِلإبن وحْده ، وكذلك لو كانت البنت معتقة الأب كله ، لأنه إنما يورث بالولاء إذا عدم النسب ، وولد الرجل يرث مواليه دون من أعتق أباه ، فإن اشترى الإبن واجنبي الأب فأعتقاه فمات عن مواليه ، فميراث الإبن وحده دون الأجنبي ، لأنه لا يُورث بالوَلاء مع النسب ، فإن مات في المسألة الأولى الإبن أولاً[1] ، فورثه أبوه ، ثم مات عن موالي ، فللبنت من أبيها النصف ، ونصف النصف بالولاء ، لأنها أعتقت من الأب النصف ، والربع الباقي لأخيها فهو مولى ابنه ، ومولى أبيه هو وأخته فلها نصف ذلك الربع ، فيصير لها سبعة أثمان ، والثمُن الباقي لموالي أم اخيها إنْ كانت أمة معتقة ، وإنْ كانت عربية فلبيت المال ، فإن مات مولى أبيها فَلَها منه النصف ، والنصف الباقي لأخيها ، فهو لمولى أبيه ، وموالي أبيه هو وأختها[2] ، فلها نصفُه يصير لها ثلاثة أرباع ميراث المولى ، ولموالي أم أخيها الربع ، قال محمد : وإنْ اشترى ابنتان أباهما فماتت إحداهما ، ولا يرث غير اختها فلها النصف بالرحم ، ونصْف النصف بالوَلاء بما جر إليها الأب ، والربع الباقي لموالي أم اختها . وعن ابن القاسم : تأخذ سبعة أثمان ما تركت : النصف بالرحم ، والربع بشركة الولاء ، والثمن بجَر الولاء إليها ، قال عبد الملك : وهو غَلطٌ ، فإن ماتت الثانية ولا وارث لها : فنصف ميراثها لِمَوالي أبيها ، والنصف لموالي أختها ، فإن ماتت أحداهما ، ثم مات الأب وترك الثانية : فَلَها ستة أثمان الميراث : النصف بالرحم ، ونصف الباقي بعتق أبيهما ، ولأخيها نصف يكون لموالي أبيها . وهم : هي وإخوتها فتأخذ الحية نصفَه ، ويبقى الثمن لموالي أم الميتة ، وإنْ كانت عربية فلبيت المال ، **فضابط** هذا الباب على كثرة مسائله : أنْ يقسم لمن يرث بالنسب ، فإن استكمل فرعت المسألة ، وإنْ لم تستكمل ، كما لو تَرَكَ بنات أو أخوات فيورث أولى بالنسب ، ثم يقول : وما بقي لمواليه ، فإن كانوا أحياء أخذوه وكملت القسمة ، وإنْ كانوا اثنتين[3] وأنتِ إحداهما :

---

(1) بالنسخة : أولى .

(2) كذا .

(3) بالنسخة : اثنين .

أخذت الحية نصيبَها ، والباقي لموالي أبي الميت ، فتأخذ الحية والميتة ، ونصيب الميتة لموالي أبيها ، فالقسمة أبداً على أربعة[1] رُتب : النسب ، ثم الموالي ، وما بقي لموالي أمه .

فرع

في **الجواهر** : إذا أعتق ابن وابنة أباهما ، ومات الإبن أو لا عن بنت ، ثم البنت عن ابن ، ثم هلك الأب عن مال وموال ، فلبنت البنت[2] النصف بالرحم النصف[3] ، ولابن البنت ثلاثة أرباع النصف الباقي ، والثمن الباقي في مَوالي أم أخيها ، لابن البنت ما لأمه من الولاء ، ولها نصف[4] والنصف لأخيها يجر لها الأب نصف[5] ولأخيها ، فورث ابنها نصفَ نصيبه ايضاً ، فإن اشترى ابنتان اباهما ، ثم اشترت إحداهما مع الأب أخاها هو ابن الأب فعتق عليها ، ثم ماتت مُشتراة الأخ فمالها لابنها ، ثم مات الأب فماله بين الأبن والبنت اثلاثاً بالنسب لا بالولاء ، فإن مات الأخ فلأخيه النصف بالنسب ، والباقي لمواليه ، وهم : هي وأبوه الميت بينها نصفان ، صار لها ثلاثة أرباع المال ، وللأب الربع فهو لمواليه وهم : ابنتاه هذه والميتة قبله بينها نصفان ، صار لهذه سبعة اثمان المال ، وللميتة قبل الأب نصف ثُمن يكون لموالي ابنها ، وتَصح المسالة من ستةَ عشر ، فقد ورثت هذه الأختُ مرة بالنسب ، وثلاثَ مرات بالولاء ، مرة بصريح عتق أبيها ، ومرة بصريح عتق أخيها ، ومرة جر إليها أبوها[6] من ولاء اختها ، وإنْ اشترت إحداهما وأبوها أماً لها فأعتق الأب نصيبها منها ، ثم اشترت الأم مع التي اشترتها أخاً لهما وهو ابن الاوالأم[7] فماتت التي لم تشتر غيرالأب ، فورثها أبوها ، لأمها السدس ، ولابنها ما بقي ، ثم مات الأب ، فمالُه لابنه وابنتِه للذكر مثلُ حظ

(1) كذا .

(2) بالنسخة : ابنت ، ولعلها : الابن .

(3) كذا .

(4) بياض بقدر كلمة .

(5) كذا .

(6) أبيها .

(7) كذا .

الانثيين بالنسب ، ولا شيء للزوجة ، لأن نكاحَها انفسخ بملكه بعضَها ، ثم ماتت فميراثها بين أبيها وابنتها ، للذكر مثل حظ الأنثيين بالنسب ، ثم مات الأخ فلأخته النصف بالنسَب ، وما بقي لمواليه ، ومواليه : أختُه هذه وأمه ، فيَصير للأخت ثلاثةُ أرباع المال ، وللأم ربُعُه وهي ميتة ، فهو موروث عنها لمواليها ، ومواليها : ابنتُها هذه وزوجها ، فهو بينهما نصفان ، صار لهذه سبعة أثمان المال ، وللأب الثمن فهو موروث عنه يكون لِمواليه ، ومواليه ، ابنته هذه والميتة قبلَه ، فَهو بينهما نصفان ، صار لهذه سبعة أثمان المالِ ونصفُ ثُمُنه ، وفي يدي الميتة نصفُ ثُمن ، فهو موروث عنها لموالي أبيها وهم : هي نفسُها وأختها ، فيصير للحية سبعةُ أثمان المال ، وثلاثة أرباع الثمنُ ، وربُع الثمن ، وهو واحد من اثنين وثلاثين بينهما للميتة ، فهو يورث عنها لموالي أمها ، وهم : أختها هذه وأبوها ، بينهما نصفان ، فتصير من أربعة وستين ، فللبنت الباقية ثلاثة وستون ، وللأب سهم فتجره إذ مِن يده خرَج ، وإليه رَجَع فيصير جميعُ المال للبنت الباقية ، فقد ورثت بالنسب ، وخمس مرات بالولاء ، ثلاثاً بالصريح ، واثنين : بالجَر ، والصريح عتقُ أختها ، والثانية : بصريح عتق أبيها ، والرابعة : بما جَر إليها أبوهـا من الولاء من أخيها ، والخامسة : ما جرت إليها أمها من أخيها .

فرع

في **الجعدية** : الأب يجر ولاء ولده لمن حاز ولاءه ، كان ولاؤه لموالى أبيه أو أمه أو المسلمين ، لأن الأب أولى من الأم في جر الولاء ، وإنما يجُر الجَد وَلاَء ولَده ، والجد جر ، أما[1] إذا مات ، ثم ولد لأبيه ولد آخر ، فإن ولاءهُ لِمَوالي أمه ما دام الأب عبداً ، وولاء الولد الأول لِمَوالي الجد ما لم يعتق الأب فينتقل لِمواليه .

تمهيد

في **المقدمات** : الموالي أربعة لا يتوارثون : وهم المسلمون الذين لا يتناسبون ، وموالي يتوارثون وهم المسلمون المتناسبون ، ويرثون ولا يورثون وهم المعتقون ،

---

(1) ك1ا .

وعكسه . والثالث ثلاثة ، والمعتق ومعتق الأب ومعتق الأم ، فيرث المعتق ، وإلاّ فمعتق أبيه ، وإلاّ فمعتق جده وإنْ علا ، فإن لم يكن في آبائه جر معتق ، ورثهُ بيت المال دون مولى الأم إنْ كان في الآباء عتيق فانقرض المعتق وعصبته ، فبيتُ المال دون موالي الأم ، فإن كان منقطع النسب ولد رقاً ، ومنتفياً باللعان ، أو آباؤه كفار وعبيد ، فولاؤه لموالي الأم إنْ كانت معتقة ، فإن كانت حرة لم يعتق ، فموالي الجد أبي الأم ، فإن كانت منقطعة النسب ابنة رقاً ، أو منفية اللعان ، أو أبوها عبداً ، أو كافراً ، كان الولاء لموالي الجدة أم الأم على هذا الترتيب ، وَجميعُ هذا الولاء يُورث به ولا يورث ، لأنه يكون لأقرب[1] المعتق يومَ مات المولَى الموروث ، ولا لمن ورث المولَى المعتق ، وإذا عدم المولى الذي أعتقه ، وهو معتق أسفل الولاء لمولاه ، ثم لمن يجب له ذلك بسببه ، كوَلَده بعده ، وأخيه وعمه وجميع العصبة ، ثم بعدهم لمولى مولاه ، ثم لمن هو يرثه بنَسَبه على ما تقدم ، فإن تعذر ذلك فمولى أبيه ، ثم لمن يجب له ذلك بسسبه على ما تقدم ، فإن تعذر ذلك فمولى أمه ولمن يجب له ذلك بسببه ، فإن تعذر ذلك فمولى أبيها وَمَن يجب له ذلك من سببه ، فإن تعذر ذلك فَمَوالِي ام مَوْلاهُ ، فإن تعذر فبيت المال ، وكل ولد يولد لِلحُر من حرة ، فولاؤه لمولَى أبيه ، وإلاّ فلجماعة المسلمين إنْ كان حراً ، ولا يرجع ولاؤه لموالي أمِّه أَبداً إلاّ أنْ تعتق وهي حامل ، فيكون ولاؤها لمعتِقها ولمن يجب ذلك بسببه ، لأن الرق قد مسه في بطن أمه إنْ كاتبت ، أو دبرت ، أو أعتقت إلى أجَل فولاء ما في بطنها لسيد أمها ، وَلَدته في الكتابة أو بعد أَدائها ، أو ولدته المدبَّرة في حياةِ السيد أم لا ، والمعتقة إلى أجَل قبل الأجَل أو بعده .

فرع

في **المنتقى** : قال مالك : ابن العبد من الحرة إذا اشترى أباه فعُتق عليه ، فولاؤه له ، ويجُرُّه لموالي أمه ، وقاله جميع الأصحاب ، إلاّ ابنَ دينار ، قال : هو للمسلمين ، لأن الإبن لا يجر .

---

(1) كذا .

تمهيد

وافقنا الأئمة إذا تزوج عبدك بمعتقة[1] غيرك فأتت بوَلَد : أنّ الوَلَد تبع لأمه في الرق والحرية ، فإن أعتقت العبد انجَر ولاء الولد من موالي الأم لموالي العبد ، لما في **الموطأ**[2] وغيره : أنّ الزبير مر بموالٍ لِرَافع بن خديج فاعجبوه لَطَربهم وجمالهم فقال : لمن هؤلاء ؟ فقالوا : هؤلاء موالٍ لرافِع بن خَديج ، أمهم لرافع بن خَديج وأبوهم عبد لفلان : رجل من الحرقة ، فاشترى الزبيرُ أباهم فأعتقه ، ثم قال : أنتم مواليّ ، فاختصم الزبير ورافع إلى عثمان رضي الله عنهم فَقَضَي عثمان بالولاء للزبير . ولأن الولاء فرع النسب ، والنسب معتبر بالأب ، وإنما يثبت لموالي الأم لعدم الولاء من جهة الولاء ، كولد الملاعنة ينتسب للأم لعدم الأب ، فإذا اعترف الأب عاد الولاء إليه ، وفي **المنتقَى** : اتفق الصحابةُ والتابعون وتابعوهم أنّ وَلَد العبد من المعتقة ، ولاؤهم لَموالي أمهم ، ما كان أبوهم عبداً ، فإذا عتق جَر الولاء لمواليه ، وإنْ كانت عربية فولاؤهم للمسلمين حتى يعتق أبوهم ، قال مالك : يجره الأب بغير حكم لوجود السبب كإقرار أب ابنِ الملاعنة ، فيقدم الأب على الأم في جَر الولاء إلاّ أنْ يمس الولد الرق فيعتقه سيد الأم فيقدم لكونه مباشراً للعتق ، والمباشر مقدم ، والمنعم على الولَد مقدم على المنعم على أبيه ، وإذا أعتَق مسلم نصرانياً فمات نصرانياً ، لَم[3] يرثه المسلم ، وورثه (ش) لما أنّ الولاء اضعف من النسب لتقديم النسب ، واختلاف الدّين يَمنع في النسب فأولى في الولاء . قال القاضي عبد الوهاب في **الإشراف** : إذا جر الأب أو الجَدُّ ولاء الولد عند موالي الأم ، ثم عدم هو وعصبته لم يعد الولي[4] إلى موالي الأم ، وقاله الأئِمة ، لأن الولاء إذا استحق على وفق الأصل لم ينتقض كولَد المعتَقة لا يرجع إليها الولاء بعد

---

(1) بالنسخة : بمعتق .

(2) في كتاب العتق والولاء ، باب جر العبد الولاء اذا اعتق ، ولكنه مختصر ليس بهذا التفصيل فلعله كذلك في رواية غير يحيى بن يحيى .

(3) بالنسخة : فلم يرثه المسلم ورثه (ش) . . .

(4) كذا .

اعتراف الأب ، قال : فإن تزوج حر لا ولاء عليه بمعتقة فَوَلَدُها حُر لا ولاء عليه ، وقاله (ح) و(ش) إنْ كان جميعاً ثبت الولاء على ولده ، وبناه على أصله في جواز استرقاق العجم من عبدة الأوثان دون العرب . **لنا** : أنّ الإستدامة في الأصول أقوى من الإبتداء ، ثم ابتداب الحرية في الأب يسقط استدامة الوَلاء لموالي الأم ، فلأن يمنع استدامة الحرية في الأب ابتداء الوَلاء لموالي الأم أولى[1] ، وقياساً على العربي بجامع حرية الأصل ، وإذا عدم الموالي وعاتهم[2] ورث موالي الأب ، وقال (ش) : ثبت[4] المال ، **لنا** : أنّ موالي الأب ثبت لهم الولاء على الأب فينجرّ على ولده كالجد ، وولاء المواريث لا يورث ، خلافاً لـ(ش) و(ح) ، **لنا** : قوله[3] ﷺ : (**إنَّمَا الوَلاَء لِمَن أعتَق**) وهذا لم يعتق ، وقياساً على ما إذا أسلم على يده ، وخالف ابن حنبل إذا أسلم على يده . لنا : الحديث المتقدم .

(1) بالنسخة : أولا .

(2) كذا .

(3) تقدم تخريجه .



بسم الله الرحمن الرحيم
وصلى الله على سيدنا محمد الكريم وعلى آله وصحبه
وسلم تسليماً وعليهم أجمعين

كتاب التدبير

وفي **التنبيهات** : مأخوذ من إدبار الحَيَاةِ ، ودبر كل شيء ما وراءه ، بسكون البَاث وضَمِّها ، والجَارِحة بالضم لاغير ، وأنكر بعضهُم الضم في غيرها ، قال غيره : سمي العبد مدبَّراً لأنه يعتق في دُبر حياة السيد ، وقيل : لأن السيد دبَّر أمر دنياه بملكه له في حياته ، وأمر آخرته بعتقه بموته ، وهو في الشرع : تعليق عتق الرقيق بالموت . وأصله : الكتاب ، والسنة ، والإجماع ، فالكتاب : قوله[1] تعالى : ﴿**وَافْعَلُوا الْخَيْرَ**﴾ ونحوُه ، والسنة : قوله[2] ﷺ : (**المدبَّرُ منَ الثّلث**) وانعقد الإجماع على أنه قربةٌ .

والنظر في : الكاتب ، وأحكامه ، فهذان نظران .

النظر الأول : في أركانه

وهي : اللفظ والأهل :

الركن الأول : اللفظ ، وهو ينقسم إلى الصريح والكناية ، ففي **الجواهر** :

(1) (الحج : 77) ونص الآية : يا أيها الذين آمنوا اركعوا واسجدوا واعبدوا ربكم وافعلوا الخير لعلكم تفلحون .

(2) لا ، لم يصح مرفوعاً . وانما صح موقوفاً على ابن عمر رواه الشافعي في (الأم 18/8) ورواه مرفوعاً ابن ماجه في العتق . باب المدبر ، والدارقطني في (السنن 138/4) والبيهقي في (السنن الكبرى 314/10) بسند ضعيف جداً ، وحكم بوضعه شيخنا الألباني في (سلسلة الاحاديث الضعيفة والموضوعة) رقم : 164 .

صريحه : دبرتُكَ ، وأنت مدبَّر ، وأنت حرٌّ عن دُبر مني ، وأنت حرٌّ بعدَ موتي تدبيراً ، وأنت عتيق عن دُبر ، ونحوُه مما يفيد تعليقَ عتقه بموته على الإطلاق ، لا على وجه الوصية بخلاف تقييده بوجه مخصوص ، كقوله : إن متُّ من مَرضي هذا ، أو سَفَرِي هذا . فهذا وصية لا تدبير ، وكنايته : أنتَ حرٌّ بعدَ موتي ، ويومَ أموت ، فهو وصية ، إلا أن يريد التدبير ونحوه . وفي **الكتاب** : إن قال في صحته : أنت حرٌّ يومَ أموت ، أو بعد موتي ، يُسأل ، فإن أراد الوصية ، صُدق ، أو التدبير ، صدق ، ومنع البيع . قال ابن القاسم : هي وصية حتى يبين أنه أراد التدبير ، وقال أشهب : إن قال هذا في غير إحداث الوصية لسفر امتثالاً للسنة في الأمر بالوصية ، فهو تدبير إن قال ذلك في صحته . في **التنبيهات** : متى نصَّ على لفظ التدبير ، أو هو حر عن دُبر مني ، فهو تدبير ، إلا أن يقيِّدَه بما يريده عن حكمه ، كقوله : مَا لم أغيِّر ذلك ، أو أرجع عنه ، أو أنسخه بغيره ، أو أحدث فيه حدثاً فهو وصية ، ومتى كان العتق بلفظ الوصية ولم يذكر التدبير : فليس له حكم التدبير ، وإذا لم يقل ذلك فله نيته ، وابن القاسم يراه وصية إذا لم يقيد حتى يريدَ التدبير ، وعكسه أشهب ، وقال ابن القاسم : إن قيد التدبير بقوله : إن مت في سَفَري ، أو من مَرَضي ، أو في هذا البلَد فهو مدبَّر[1] هذا وصية له الرجوع فيه إلا أن ينوي التدبير ، وعنه : هو تدبير لازِمٌ ، قال ابن يونس : ظاهر قول ابن القاسم : التسوية بين : أنت حرٌّ بعد موتي ، كان اليوم[1] لم يزد ، ويحمل على الوصية حتى ينوي غيرها ، ولو قصد اليومَ لكان معتقاً إلى إجَل على أصلهم في البطلان ، كالقائل : أنتَ حرٌّ قبلَ موتي بِشَهر ، وقد سوَّى مالك بين : أنتَ طالق يومَ أُموتُ وقبلَ موتي بشَهر ، فعجَّل الطلاق فيهما ، ويحتمل الفرقَ بين الطلاق والعِتاق ، يلزَمه إذا أُوقعه إلى أجَل ويعجَّل ، ولا يلزم إذا أوقعه بعد الموت ، فلما أتى بلفظ يحتمل أن يقع منه الطلاق وأن لا يقع ، لأن أصلنا : التحريم بالأقل ، وَالعتقُ يحتمل أن يقع قبل الموت وبعده ، ومنه ما يرجع فيه ، فإذا احتمل رُجع فيه لقولك ، ولذلك ألزمه أشهب التدبير ، كما ألزمه في الطلاق للطلاق ، لأنه أشهد عليه ، وقال أشهب في : أنتِ طالق

(1) كذا .

يومَ أموت ، وقَبل موتي بشَهْر : لاَ شَيْءَ عليه ، لأنه أمر لايَكشِفه إلا الموتُ ، وكذلك قال في العتق : لا يعتق الا من الثلُث ، وقال ابن القاسم في العتق : إذا قال : أنتَ حرٌّ قبل موتي بشهر ، والسيد ملي أسلم إليه يخدُمه ، فإذا مات نُظر فإن حل الأجَل والسيد صحيح فهو من رأس المال ، ورجع لكراء خدمته بعد الأَجَل في رأس ماله ، أو مريض ، فهو من ثُلثه ، ويلحقه الدَّين ، ولا رجوع بخدمة ، وإن كان السيد غيرَ ملي خُورج العبدُ ووقف له خدمة شهر ، فإذا زاد على الشهر يومٌ ، أُطلق للسيد مثلُه من الموقُوف ، هكذا حتى يموت ، فَإن وافق صحته فمِن رأس ماله . وفي **النكت** : لم يجب في **الكتاب** في : أنتَ حرٌّ يومَ أموت ، بشيء ، وإنما ذَكَر : أنتَ حرٌّ بعد موتي ولم يرد[1] أنها مثلُها[1]. وسَوَّى ابنُ أبي زيد في **مختصره** بينهما ، والقائل : أنتَ حرٌّ قبلَ موتي بِشهر ، أو بسنة ، وحل الأجَل وهو مريض فهو من ثُلُثه ، فإن كان علي ملي خُورج ، ووُقف خراجُه ، فإذا مضت السنة وشهر بعدها ، أُعطي السيد خراج شهر من أول السنة الماضية بقدر ما ينوب كلَّ شهر من الخَراج ، فكلما مضى شهر من هذه السنة أعطي خراج شهر من تلك[2] ، وهكذا يعمل فيما قرُب من الأجل أو بعد ، وعلى هذا يتخرج قولُ القائل لأَمَته : إذا حملتِ فأنتِ حرة ، إن وطئها مرةً في طُهر يُوقف خراجُها ، فإن صحَّ الحمل عتقت وهو مردود عليها ، وإن كان السيد ملياً مُكّن من خَراجها ، ثم إن وَجَب عتقها رَجَعت عليه كالقائل : أنتِ حُرةٌ قبلَ موتي بِشَهر ، ولا ينفق عليها من خَراجها ، بل على السيد ، لأنها أمتُه ، وإن حملت فهو يُنفق عَلَى ولده كالحامل البائن .

فرع

في **الكتاب** : أنت حرٌّ بعد موتي وموت فلان ، عتق من الثلث ، كأنه قال : إن مات فلان فأنتَ حرٌّ بعد موتي ، وإن متُّ أنا فأنتَ حر بعد موتي ، وإن قال : إن كلمتُ فلاناً فأنت حرٌّ بعد موتي ، فكَلَّمه ، لَزِمَه عتقُه بعد موته من ثُلُثه ، لأنه

---

(1) كذا ولعلها : ولم يَرَ أنها . . .

(2) كذا

يشبه التدبير ، وإن قال : أنت حرٌّ بعد موتي بيوم أو شَهر ، فهو من الثلث ، ويلحقه الدَّين ، قال ابن يونس : يريد في : أنتَ حرٌّ بعد موتي وموتِ فلان : لا رجوعَ له فيه لِذكر الأجنبي ، وهي كمسألة الرُقْبَى كعبد بينكما اجتمعتما على أن من مات منكما أولا ، فنصيبُه يخدم الباقي حياتَه ، فإذا مات فهو حرٌّ ، ولم يُجزها مالك ، إلا أنه الزمهما العتقَ إلى موت أحدهما ، ومن مات أولا خدم نصيبه ورثته دون صاحبه ، فكذلك يلزمه ها هنا ، ولا رجوع له ، وقيل : له كما لو أعتقه بعد موته بشهر ، والفرق بينه وبين الرقبى : أنها خرجت على معنى المعاوضة فَبَطَلت لِفسادها ، ولزم العتق الذي ألتزماه ، قال : ويرد عليه : أنها إذا بطلت وجب أن لا توجب حكما ، بل إنما لزمهُما العتقُ لدخول الأجنبي ، فهو عتق إلى أجَل ، ويريد في قوله : أنت حرٌّ بعد موتي بشهر : أنها وصية ، له الرجوعُ فيها . وعن ابن القاسم : إن قال في مرضه : إن متُّ من مرضي فعبدي حرٌّ مدبَّر ، هو تدبير لازم لا رجوع له فيه ، وقال أصبغ : هذا إن اراد التدبير ، وإن أراد أنه مدبَّر على الوارث ، فَله الرجوعُ ، ويصدق في دَعواه ، قال ابن القاسم : إن قال مريض[1] عبدي ، ثم رجع وقال : أردتُّ بعد موتي ولم أُبتِّل ، صُدق ، وقال أصبغ : إلا أن يرى أنه أراد البَتْل ، قال ابن القاسم : وإن قال في مرضه : هو مدبَّر على أبي ، لزمه ولا يرجع إن كان منه على البَتْل دون الوَصية ويخدُم الأب ورثته حياةَ الإبن ، والولاء للإبن ، وإن كانت أمة لم يطأها الأب ولا الإبن كالمعتَقة إلى أجَل . وعن ابن القاسم في : أنت مدبَّر على أبي ، هو مدبَّر على نفسه ، ولا يعتق إلا بموته من الثلث ، لا بموت الأب إلا أن يقول : هو مدبر عن أبي ، أو أنتَ عن دبُر عن أبي فينفذ ذلك عن أبيه ، قال محمد : ذلك سواء . وهو معتق إلى أجَل حياة أبيه ، والولاء لأبيه ، وإن كان أبوه ميتاً عتق مكانَه ، والولاء لابنه ، وعن ابن القاسم سواء ، قال كذا . ولعلها : وإن قال : مدبر عن أبي كان الأب حياً أو ميتاً : لا يعتق إلا بعد موت الإبن ، لا بعد موت الأب ، إلا أن يقول : أنتَ حر عن دُبر من

---

(1) كذا

أبي ، فإن كان الأب ميتاً عتق الساعةَ لحصول المعلَّق عليه ، أو حياً فإذا مات أبوه فولاؤه للأب ، وإن قال مريض : جاريتي مدبَّرة على وَلَدي إن متُّ ، ثم صح فلاشيء عليه ، ولا تكون مدبَّرة عن ولده ، ولا خلافَ إن قال : أنت حر عن دُبر أبي ، أنه يعتق بموت الأب ، واختلف إن قال : مدبَّر على أبي فقال : كالأول ، وهو الأصوَبُ ، وقيل : عن نفسه . قال اللخمي في : أنت حرٌّ بعد موتي وَمَوت فلان ، فمات السيد أحدهما ولم يحمله الثلث ، عتق ما حمله ، أو مات السيد أولاً خيِّر الورثة بين الإجازة وتكون لهم الخدمة حتى يموت فلان ، أو أعتق ما حمله الثلث ويرق الباقي ، وإن قال : أنت حر بعدَ موتي ، وإن مات فلان فأنت حر توجد[1] له العتق بأحد الوجهين من رأس المال إن مات فُلان . كان السيد صحيحاً أو مريضاً ، أو مات السيد قبلُ عُتق من الثلث أو ما حمله ، ورق الباقي من الثلث ، وأنت حرٌّ بعد موت فلان ، فإن مت أنا فأنت حرٌّ ، عتق بالشطرين ، فإن مات فلان قبلُ عتق من رأس المال ، أو السيد قبلُ ولم يحمله الثلث عُجل ما حمله الثلث ويعتق الباقي إذا مات فلان ، واختلف فيما يُجعل في الثلث ، فقيل : الرقبة ، لأنه ظاهر اللفظ . وقيل : الخِدمة ، لأنه باللفظ الأول عتق منه إلى أجَل لا يملك منه سوى الخدمة ، وأنت حر بعد موتي إلا أن يموت فلان ، إلا أن أموت أنا ، فأنت حر ، فقيل : هو كقوله : إن مت أنا فأنت حر ، وقيل : إن مات السيد أولا ولم يحمله الثلث فهو رقيق ، قال : والأول أَبين ، وليس قصدُه بقوله : إلا أن أموت أنَا : الرجوعَ عن الأول ، وأنت حر لآخِرِنَا مَوتاً ، هو كقولك : بعد موتي وموت فلان ، وإن قال : لأوّلِنا مَوتاً ، عتق بإحد الوصفيْن ، فإن مات فلان عُتق من رأس المال ، أو السيد فَمِنَ الثلث ورق ما عَجَز عنه الثلث ، وإن كان عبد بينكما فقلتُما : هو حر لأولنا مَوتاً في عَقد واحد بغير كتاب ، أو في كتاب واحد ، فمات أحدكما ، فنصيب الحر[2] من رأس المال ، ونصيب الميت من الثلث ، فإن عجز

---

(1) كذا .

(2) بياض بالنسخة ، ووضع على : الحر ، علامة التوقف .

نصيبه عن ثلثه لم يقوم الذي عجز عن الحي ، وإن قلتما : لآخرنا موتاً . فنصيبُ الميت أولى من ثلثه ، فإن حمله خَدَم ورثتَه حياة الحي ، وإن لم يحمله الثلث خيّر الوارث بين الإجازة ، ويكون له خدمة ذلك النصيب حياة الحي ، أو يعتق ما حمله الثلث معجَّلا ، ولا يقوَّم ما بقي منه على الآخر ، فإن مات الآخر فنصيبه في ثلثه . ويعجل عتقه إن حمله الثلث ، أو ما حمله ، وإن جعلتما ذلك في عَقدين فقلت : هو حرٌّ لأولنا موتاً ، ثم قال الآخَر مثلَك ، فمات القائل ، عتق نصيب الحي من رأس المال ، ونصيب الميت من الثلث ، وما عجز منه لم يقوَّم على الثاني ، لأنه لم يبتدىء عتقاً ، فإن كان على الأول دَين فَوقَ[1] نصيبه ، قُوم على الثاني ويصير كمن لم يعتق سواه ، فإن مات القائل أولا ، أخيراً عتق نصيبُ الحي من رأس المال، والميت من الثلث ، وما عجز عن الثلث قُوّم على الحي لأنه المبتديء بالعتق ، وإن قال : هو حر لآخرنا موتاً في عَقدين ، ثم قال : ثم مات القائل أولا ، وحمل الثلث نصيبه ، خدم ورثته حياة الحي منهما ، فإذا مات عُتق ، وإن لم يحمله الثلث لم يستتم على الحي ، وإن مات أولا القائلُ : آخراً ولم يحمله الثلث ولم يعجز ورثته ، عُجل ماحمل الثلث وكُمل الباقي على الحي ، لأنه مبتديء العتق ، فإن قلت : هو حر لأولنا مَوتاً ، وقال الآخر : لآخرنا موتاً ، عتق نصيب الحي من رأس ماله ، والميت من ثلثه ، فإن حمله خدم ورثته حتى يموت الآخر ، وإن لم يحمله ولم يُجز ورثته ، عُجل عتق ما حمله ، هذا إذا كان الأول فقيراً والاَّ كمل عليه كالعتق بتْلا ، ثم يعتق الآخر إلى مَوت فلان ، فإنه يخيَّر الثاني بين تبتيل العتق والتقويم على الأول .

فرع

في الكتاب : أنت حر بعد موت فلان أو بعد موته بشهر ، عتق[2] من رأس المال إلى الأجل ، ولا يلحقه دَين لأنه أعتق في الصحة ، وإن مات السيد قبل فلان خَدَم الورثة إلى موت فلان ، أو إلى بعد موته بشهر ، وعتق من رأس المال ، فإن قال ذلك في

---

(1) بالنسخة : فرق

(2) بالنسخة : وعتق

مرضـه ، عتق من ثلثه إلى أجَله ، وخدم الورثة إلى الأجَل ، وإن لَمْ يحمل الثلث خيّر الوارث في انفاذ الوصية ، أو عتق محمل الثلث ناجزاً ، وإن قال : إن خدمتَني سنةً فأنتَ حر . فمات السيد قبلَهَا : خدم العبد ورثته ، فإذا تمت السنة عتق ، فإن وضع السيد عنه الخدمة عجل عتقه ، وإن قال : اخدُم فلاناً سنة وأنت حر ، فمات فلان قبل السنة ، خَدَم الوارث بقية السنة وعتق ، وأما : أخدُم وَلَدي وأخي وابن فلان سنةً وأنت حر ، فيموت المخدم قبل السنة : فإن أراد الحضانة والكفالة ، عُجل عِتق العبد بموت المخدم ، أو الخدمة : خدم العبد ورثة المخدم بقيةً السنة وعتق ، وإن قال : أنت حر على أن تخدمني سنة ، وأراد العتق بعد الخدمة فلا يعتق حتى يخدم ، أو ينوي تعجيل العتق ، وشرط عليه الخدمة ، عتق ، ولا خدمة عليه ، وإن قال : أنت حر بعد سنة ، أو إذا خدمتَني سنة ، قال : هذه السنة بعينها أو لم يقل ، فهو سواء ، وتحسب السنةُ من يوم قوله ، فإن أبَق فيها العبد أو مرض فصحَّ بعد زوالها ، عتق ولا شيء علي ، لأن مَن أَكْرَى دَارَه ، أو دابّتَه ، أو غُلامه سنة فقال : أكْريتها[1] سنة ، إنما يحسب من يوم قوله ، قال هذه السنة ، قال ابن يونس : قال محمد : إذا قال : أخدم فلاناً سنـةً وأنت حر ، فمات العبد قبل السنة ، وترك مالاً فهو لسيده أو لورثته ، لأنه رقيق . ابن القاسم : إن قال : أخدمني سنة وأنت حر ، فإن أبقت فيها فلا حرية لك ، أو عليك قضاء مَا أبقت فيه ، فله شرطه ، قال غيره : وإن دبَّره وشرط عليه : إن أَبَق فلا حرية له ، نفعه شرطه ، لأن العتق إلى أَجَل أقوى من المدبَّر ، فإذا نفع الشرط فيه فالمدبر أولى وليس كالمكاتب يشترط عليه : إنْ أبقتَ فَلاَ حُريَّة لك ، لأن المقصود منه إذاً المال ، فلا يقدح فيه الإباقُ إذا أدى ، فإن عجز فسوى[2] ابق أم لا يعْجز بعد التلوم ، والمدبّر والمعتق إلى أجَل ، المقصود منهما : الخدمة ، والإباق يخل فيهما ، وقد سوّى بينهما ، قال : وهو غلطٌ ، وقيل في المعتق إلى أجَل يأبَق في الأجَل ويأتي بعده وقد اكتسب مالا في إباقه : أن للسيد أخذه ، قال : والأول أحب إلينا ، وإن قال : أخدُم فلاناً حَياتي ،

---

(1) بالنسخة : اكتريها .

(2) كذا ، ولعلها : فسواء .

فإذا متُّ فأنتَ حُرٌّ : قال ابن القاسم : هو حر من الثلث، لأنه عتق بعد الموت ، وقال أشهب : من رأس المال ، لأنه خرج من ماله في صحته ، وانقطع ملكه عنه ، وكل مَن خرج في الصحة[1] ، لا يرجع إليه ولا لورثته بعده بوجه ، فهو من رأس المال ، وإن كان لا يعتق إلاَّ بموت صاحبه فهو من ثلثه ، وأصل ابنِ القاسم : أن كل عتق يكون بِمَوت السيد فلا يكون الاَّ من الثلث ، وإن كان لا يرجع إلى سيده ولا إلى ورثته ابداً ، وإن كان عتقه بموت غير السيد من مخدم أو غيره فلم يختلف فيه قولُ مالك واصحابِه : أنه من رأس المال ، فإن قال : أخدُم فُلاناً حياتَه فإذا متُّ أنا فأنت حر ، فاتفقا أنه من الثلث ، أو قد يرجع للسيد إن مات المخدَم قبلَه ، وإن قال : أخدم عبد الله حياة زيد ، فإذا ماتَ سعيد فأنت حر ، فهو من رأس المال ، فإن مات زيد قبل سعيد : رجع العبد إلى سيده أو إلى ورثته إن مات سعيد ، وإن لم يمت زيد أخدمه عبد الله وورثته حتى يموت سعيد فيعتق ، وإن قال : أخدُم فلاناً حياته وأنت حر ، فإن متُّ انا فانتَ حر ، فهو – عند أشهب – من رأس المال ، لأنه لا يرجع للسيد ولا لورثته ، وعند ابن القاسم : ينبغي إن مات الأجنبي قبل سيده : فمن رأس المال ، أو السيد قبل الأجنبي : فَمِن ثلثه ، فإن عجز الثلث عن شيء منه فرُقٌّ كان ما رُق منه يخدم الأجنبي حياتَه ، ثم يعتق ، قال محمد : وإنما تُجعل في ثلث سيده خدمته حياة المخدم على الرجاء والخوف ، لأنه لم يبق فيه رق غير الخدمة ، وإن قال : أخدُم فلاناً وأنت حر إلا أن أموت أنا ، فأنت حر ، فمات الأجنبي أولا ، ولم يستحدث السيد دَيْناً يومَ قال ذلك : عتق – عند اشهب – من رأس المال ، أو لحقه دَيْن فالدَّين[2] أولَى به ، وان ما[3] السيد أولا[3] عتق في ثلثه فإن عجز رق باقيه لورثته ، لأنه استثنى عليه رقاً بقوله : إلا أن أموت ، وأنت حر اذا غابت الشمس إلا أن دخل الدار فَأَجل[4] فيها فلاناً ، فالرق يلحقه إذا دخلها قبل المغيب ، واسقط أجل مغيب الشمس ، وقد ابقى الرق موضعها

(1) بالنسخة : ولا يرجع .
(2) بالنسخة : فأدين اولا منه .
(3) كذا .
(4) كذا .

باستثنائه هذا ، أو متى كان فيه ابداً موضع الرق لحقه الدَّين ، وإن مات سيده عتق من الثلث ، وكذلك : أنت حر إلى عشر سنين إلا أن أموت قبلَها ، فإن حلت السنين ولا دَين عليه عتق من رأس المال ، أو مات السيد قبل ذلك عتق في ثلثه أو ما حمله ، ورق الباقي وسقط عتق الأَجلَ .

قاعدة : الصريح من اللفظ : ما وُضع للمعنى لغةً ، كالطلاق في إزالة العصمة ، أو عُرفاً ، كالحرام في إزالة العصمة ، والكناية : هو اللفظ الدال على المعنى بطريق الإحتمال والمجاز لا بالصريح ، فالمجاز كالذهابِ في الطلاق والعتق، والمتردد – مع أنه حقيقة – كقوله[1] : انت حر بعد موتي ، فهو صادق على الوصية والتدبير حقيقة ، ولا يتعلق إلا بالنية على الخلاف المتقدم .

الركن الثاني : الأهلية ، وفي **الجواهر** : لا يصح التدبير من المجنون ، وغير المميِّز ، وينفّذ من المميّز ، ولا ينفذ من السفيه ، لأنه تبَرّع[2] ، وجوزه **(ش)** ، لأنه باق على ملكه على أصله في جَوَازِ[3] بيعه ، وبعد الموت هو مُستَغْنٍ عن المال ، وتصرفه في التبرع بعد الموت جائز كالوصية ، ووافقنا **(ش)** و**(ح)** في الصبي ، لأنه ليس من أهل العقود ، والسفيه من اهلها ، وينفذ من ذَوات الزوج وإن لم يكن لها سوى ما دبَّرت ، قال ابن القاسم : لأنه لا يخرج من يدها شيء بخلاف العتق ، ومنعه سحنون الا بإذن زوجها ، قال ابن يونس : قال ابن القاسم : لا يلزَم المولَّى عليه تدبيرٌ إلا بعد[4] رشده كعتقه ، قال ابن القاسم : إذا دبَّر العبد أمتَه بإذن سيده لا يمسها السيد ولا العبد ، وهي معتقة إلى أجَل من رأس المال ، ولا يلحقها دَين ، وولاؤها للسيد ، وإن عتق العبد : فإن وطئها العبد فحملت أوقفت هي وولدها حتى يموت العبد فتعتق ، فإن وطئها السيد فحمَلت لحق بِهَا الوَلَد ، لأن له الإنتزاع ، ولا يقرَبها ، وتعتق[5] إما بِموت

---

(1) بالنسخة : لقوله .

(2) بالنسخة : ينزع .

(3) بالنسخة : جراز .

(4) بالنسخة : ولا بعد .

(5) بالنسخة : ويعتق .

العبد أو السيد أيّهما مات أولاً عتقت ، لوجود أحد السببيْن ، قال : لو قيل : تعجل عتقها حين حملت لصَح ، إذ لا خدمة فيها ولا وطْء كوَلَد اخته من الرضاعة ، قاله عيسى ، قال ابن القاسم : ولا يطأ الرجلُ مدبَرة لمدبَّرته ، ولا لأم وَلَده ، ولا المعتقةَ إلى أجَل ، وهي كالمعتقة إلى أجل ، لأنها تعتق بموت مَن دَبَّرها ، وليس لأحد من هؤلاء تدبيرٌ إلا بإذن السيد ، قال ابن القاسم : إن دبَّر المكاتَبُ فَعَلم السيد ولم يُنكره حتى عَجزَ فلا تدبيرَ له ، إلا أن يكون امره سيده بذلك ، وليس سكُوتُه بشيء ، قال أصبغ : وإن دبّر بإذنه لم يطأها حتى يؤدي جميع الكتابة ، إذ قد يعجز فترجع الأمة إلى السيد معتقةً إلى أجَل .

فرع

في **الجواهر** : يَصح تدبيرُ الكافر الأصلي لعبده بعد إسلامه ، ثم يعتق عليه عند ابن القاسم ، لأنه جمع بين عِزة الإسلام وأحكام الملك .

النظر الثاني : في أحكام التدبير

وفي **الكتاب** : التدبير لازم أنشاءً وتعليقاً[1] ، فإن قال : إن اشتريتُه فهو مدبَّر ، فاشترَى بعضَه ، فذلك البعض مدبَّر ، ولشريكه مقاواته لما دخل عليه من العيوب ، قال سحنون : أو يقدم عليه أو يتماسك ، لأنه يقول : لا أخرج عبدي من يدي إلا بعتق ناجز ، قال ابن يونس : إنما[2] أمَر ﷺ بالتقويم فيمَن تكمل حريته ، ويشهد ، ويوارث ، وليس التدبير كذلك ، ولم يرد الشريك الا خروجَ العبد من يد الشريك وتملكَه دونه ، ويقضي به دَينه ، ويستمتع بها إن كانت أمة ، قال اللخمي : إذا دبّر أحد الشريكين نصيبَه : قال مالك : يخيَّر شريكُه بين تدبير نصيبه المقوّم على شريكه أو يدبر جميعه كالعتق ، وعنه : يخير بين ما تقدم ، أو التمسك به رقيقاً ، أو يقومه فيدبَّر على الشريك ، ولم يذكر المقاواة في الوجهيْن ، ورأى أن الوَلاء قد ثَبت ، وهي

(1) بالنسخة : وتمليقًا.
(2) تقدم تخريجه فيما يفيد معناه .

تؤدي لنقض[1] التدبير ، واثبتها مرة ، وخيَّره بين تدبير نصيبه ، أو يقوّمه ، أو يقاوي شريكَه ، ولا يتمسك بـه رقيقًا ، وعنـه : التخيير بين الأربعة ، والمقاواة ميـلٌ إلى بَيع المدبّر .

فرع

في **الكتاب** : إذا مات وتَرك مدبَّرين دبَّرهم واحداً بعد واحد في صحته أو مرضه ، أو في مرضه ، ثم صح فدبَّر ، فهو سواء ، يقدَّم الأول فالأول إلى مبلغ الثلث ، ويُرق الباقي ، لأن تقدُّم السبب يعيّن الإستحقاق ، أو في كلمة واحدة في صحة أو مرض ، عتق جميعهم إن حَمَلَهم الثلث ، وإلا فض عتقُهم بالقيمة ، فيعتق من كل واحد حصة ، وإن لم يَدَعْ غيرَهم : عُتق ثلثُ كلّ واحد لتساويهم في السبب ، ولا يسهم بينهم ، بخلاف المبتَّلين في المَرض ، ويبدأ المدبّر في الصحة على المبتَّل في المرض ، لأن الحجر يضعفه ، ويعتق المدبَّر في الثلث أو ما حمل منه ، وقاله الأئمة ، لقوله[2] ﷺ : (**المدبَّرُ مِن الثُّلُثِ**) وإن لم يَدَع غيرَه عتق ثلثُه ، وإن كان على السيد دَين لا يغترقُه بيع[3] منه الدَّين ويعتق ثلثُ بقيته ، وإن اغْترقَه رُق ، لأن الدَّين مقدَّم على العتق إذا تقدم عليه وهو في الحَياة ، وعتقُ المدبَّر بعد الوفاة ، فإن بِيع فيه فطراً للميت مال نقض البيع وعتق في ثلثه ، وما هلك من التركة قبل تقويم المدبَّر لم يحسُبه ، وكأنه لم يكن ، ولو لم يبقَ إلا المدبَّر لم يعتق إلا ثلثه ، وإلا كان المدبر من الثلث ، لاتّهام السيد أن يستخدم عبدَه حياتَه ، ويعتق من رأس ماله فيمنع الميراث الذي قدر الله تعالى .

وفي **المنتقَى** : قال ابن القاسم : إذا كَتَب وصيةً فبدأ بعبد ، ثم قام ليشتغل[4] ، ثم عاد فكتب : الآخر ، هذا فصل ويقدّم الأول ، قال المخزومي : إذا دبَّر ، ثم

(1) بالنسخة : النقض .

(2) لا يصح رفعه ، وصح موقوفاً على ابن عمر . وقد تقدم تخريجه .

(3) كذا ، وفوقه : علامة التوقف عند الناسخ ، ولعلها : يُبع منه للدَّين .

(4) بالنسخة : ليستعل ، وكتب فوق الكلمة : . . . علامة التوقف ، ولعلها : لشغل .

أغمي عليه ، ثم أفاق فدبَّر آخر : يتَحاصّان ، ورآهما سواء ، وإن قال في مرضه : لأنه جعل الجميع في ثلثه ، بخلاف الإقرار بالبَتْل[1] ، قال ابن يونس : قال ابن القاسم : إذا كان عليه دَين بيع فيه المدبَّر الآخر فالآخر إن دبَّرهم مرتيْن ، قال محمد : المدبَّر في الصحة يقدَّم على كل وصية : من عتق واجب ، أو زكاة أو بَت[2] في المرض ، وصداق المريض ، ويدخل فيما عَلِمَ به الميت ، وما لم يعلم ، وفيما يبطل من إقرار بِدَيْن لِوَارِثٍ ، قال ابن القاسم : وكذلك المدبَّر في المرض يدخل فيما لم يعلم به بخلاف المبَتل[2] في المرض ، وزكاة يوصي بها ، قال ابن القاسم : إذا اجتمع ما يدخل في الطارىء وما لا يدخل : قدم المدبَّر في الثلث الحاضر ، فإن لم يفِ كمل من الطارىء ، وقال عبد الملك : يعتق في المالَيْن بالحِصَص ، قال بعض فقهائنا : إذا بَتّل ودبَّر في المرض في فَور واحد تَحاصّوا عند ضيق الثلث ، فما نَابَ المدبَّرين عُتقوا فيه بالحِصَص ، أو المبتَّلين فبالقُرعة ، قال اللخمي : إذا بتَّلهم في كلمة أو نسَقاً بِيعُوا في الدَّين بالحِصَص ، وعتقوا بعد قضائه بالحِصَص ، وعن ابن نافع : إذا قال : رقيقي مدبَّرون ، ولا مال له غيرُهم : يُقرَع بينهم كالمبتَّلين[3] في المرض ، فمن خرج عتق ورق الآخر ، وهو الصواب ، لأنه كله عتق بعد الموت ، وإذا ضاق وللسيد دَين على حاضر بِيع بالنقد أو على غائب قريب الغيبة وهو حالٌّ استوى بالعتق حتى يقبض الدَّين ، أو بعيدُ الغيبة أو حاضر يقدم بيع المدبّر للغرماء الآن ، فإن قُبض الدَّين والعبدُ بيد الورثة عتق في ثُلث ذلك بعد قضاء الدَّين ، فإن خرج عن أيديهم بِيع ، قال ابن القاسم : لا يعتق ، وقال أصبغ : يعتق منه ، قال : وهو ظاهر **المدونة** ، والأول أقيس ، لأن البيعَ لا ينقُضه الغرماء في الحي ، وإذا طرأ مال لم يعلم به نقض البيع إن كان في الثلث ، أو قريب الغيبة ، ويختلف في بعيد الغيبة في موضع لو عُلم به لَبيع ، ولم ينظر ذلك المال كما تقدم لو علم به ، وإن بيع

(1) بالنسخة : بالتبتل .

(2) بالنسخة : المثل .

(3) بالنسخة : بالمبتلين .

المدبَّر ماله عند ابن القاسم : لأنه بيع له ، وقال يَحيَى بغير مال ، قال : وهو الصواب إن لم يُرجَ للسيد مال ، وإلا فَعَلَى القول بأنه لا ينقض البيع متى طرأ ذلك المال بيعَ بغير مال ، وعلى النقض يباع بماله ، وقاله سحنون فيمن دبَّر أمةً فولدت أولاداً فالقول[1] ثم مات السيد وعليه دَين يحيط برقَبة الأمة ولا مال له يباع للغرماء ، ولا ينتظر الأولاد ، فإن أتوا بعد ذلك نظر الدَّين ، فإن كان يحيط بأثلاثهم وثلث الأم بِيعَ من كل واحد ثلثُه ويعتق ثلث ما بقي من الأم والولد ، ويخيَّر مشتريها بين الرد والتمسك ، فإن لم يحمل الثلث وبيده مال ان انتزع ، وكثرته حمله ، قال ابن القاسم : لا تنتزع ، ويعتق منه ما حمل على أن ذلك بيده ، وقال ابن وهب : ينزع ويعتق ، قال مالك : فإن دبره في صحته واستثنى مالَه جاز ، وقال ابن القاسم : ليستبد به بعد الموت . ويقوم بغير مال ، ويحسب ما في يده من مال سيده ، فإن مات عن مدبّرة في يدها أموال مختلفة : فيختلف في النِّحَل ، والهبات – كما تقدم – والغَلات ، والخراج ، والجنايات للورثة ، حَمَلَها الثلث أم لا ، ويكثر بها مال المعتق إن لم يحملها الثلث فيعتق فيه ، قولاً واحداً ، وأما مهرها : فقال ابن القاسم : يقوّم به ، وقيل الورثة ، لأنه ثمن نقص منافعها وبعض رقبتها ، والأول يرى حق الزوج فيه ، أو لأنه في معنى الهبة ، لأنّ كلا الزوجين يستمتع بصاحبه ، وما أغلب في حياة السيد أو بعد موته ، أو جني عليها في حياة السيد أو بعد موته سواء ذلك للورثة ، وإنما يعتبر ما يحمل المدبَّر من مال سيده يومَ ينظر فيه ، لا يومَ الموت ، وإن كان لا يحمله ولم ينظر فيه حتى زاد بالخَراج : أضيف الخراج إليه ، كما يتضرّر بالنقص ينتفع بالزيادة ، فإن تغيرت قيمة المدبَّر بزيادة حَوالة سُوق ، أو نقصٍ بعيب ، فلا يعتق إلا ما حمله الثلث في الزيادة ، ويعتق جميعه في النقص ، وإن وَلَدت المدبَّرة بعد موت السيد وقبل أن ينظر في الثلث : قال مالك : تقوم بوَلَدِها ، ويعتق منهما ما يحمله الثلث ، وإن كان الولد معها يوم الموت فمات والأم قبل النظر في ذلك يحمل الثلث الباقي منهما .

---

(1) كذا ، ولعل : فالقول ، زائدة .

عتق جميعه ، فإن حَازَ الورثة بعد موت السيد المالَ لأنفسهم على وجه التصرف فيه ، والثلث يحمل العبد ، ثم هَلَكَ المال ، فمصيبتُه منهم ويعتق جميع العبد ، بخلاف إيقاف المال . قال محمد : وإن ترك أموالاً مأمونةً ،عتق بموت السيد قبل النظر والتقويم ، فإن هلكت بعد ذلك الأموال لم يرد العتق . وفي المنتقى : إذا كان للسيد مال حاضر ، ومال غائب ، ولم يفِ الحاضر بالمدبَّر ؛ قال مالك يوقف المدبَّر بماله ، وبما يخرج من خراجه ، لأن حريته متعلقة بالمالين ، فإن كان له دَين مؤجل لعشْر سِنِين ونحوها : قال ابن القاسم : يباع الدَّين بما يجوز بيعُه بخلاف المال الغائب ، لتعذّر ذلك فيه ، وإن كان الغريم مُعدِماً ، أو بعد غيبته سقط واعتبر غيره ، وفي **الجواهر** : والدَّين على غائب قريب ينتظر ، فإذا حضر بعد ذلك البعيدُ الغيبة ، أو أيسَر المعدِم ، والعبد بِيَد الورثة ، عتق في ثلث ذلك بعد قضاء الدَّين ، فإن خرج من أيديهم بيع ، قال ابن القاسم في **العتبية** : ما قضي من الدَّين دُون ، قال الشيخ أبو محمد : المعروف عن مالك وأصحابه في كل ديوان أنه يعتق منه حيث كان ، لأن عَقد التدبير اقتضاه ، قال اللخمي : وهو ظاهر **الكتاب** ، والأول أقيس .

فرع

في **الكتاب** : المدبَّر كالرقيق في خدمته وحده ، لأنه لا يعتق إلا بعد الموت .

فرع

قال ابن يونس : إذا وجد الدَّين محيطاً بالسيد فَبِيعَ ،ثم طرأ لِلسيد مال ، وقد أعتقه المشتري ، عتق عن الميتة إنْ حمله الثلث بعد رد ثمنه ، وإن لم يحمل إلا بعضَه عتق ما حمل منه ، وخُيِّر المبتاع إن لم يكن أعتقه بين الرد والتمسك بحصته من الثمن إن أعتقه مضى عتق باقيه عليه ورد عليه من الثمن بقدر ما عتق منه عن الميت ، ومن قيمة العيب الذي دخله من العتق بقدر ما فوت بالعتق ، فإن قيمته غير عَتيق ستون ، ومعتقًا ثلاثة وثلاثون ، فبين القيمتين ثلاثون ، فيقبض على ما عتق منه عن المبتاع عشرون ، ويرجع بها المبتاع في مال الميت ، لأنه أخذ ثمنه ، قاله أصبغ ، قال ابن يونس : هو مشكل لأنه

عبد دخله استحقاق نفسه ، وفات رد جميعه بعتق المشتري ، فالصواب أن يقال : كم قيمةُ جميعه يومَ البيع ؟ فتكون ستين[1] ، وقيمتُه على أنه معتق : ثلاثة وثلاثون ،فقد نقصه عتق ثلثه نصف قيمته ، فيرجع المبتاع بنصف ما دفع ،كان أقلَّ من قيمته أو أكثر ، فإن باعه سيدُه في صحته فأعتقه المبتاع بعد موته ، والثلث يحمله أو نصفه ، لنقص ذلك على ما تقدّم ، بخلاف عتق المبتاع في حياة البائع ، يمضي عتقه ، لأنه لم يكن أصابه من عتق البائع شيء بعد ، فإن بيعَت المدبَّرة بعد الموت لدَين فأولَدَها المشتري ، ثم طرأ مال : قال أبو عِمْران : ترد لعتق السيد إن حملها الثلث بالمال الطارىء بعدمَا عتق ، لأن إجازة البيع نقل الولاء ، وولدها يجري على الخلاف في ولد المستحَقّة ، فإن حمل ثلث الطارىء بعدها عتق منها ما حمل الثلث ، فالتدبير ، وعُتق باقيها على مستولِدها لتعذر الوطْء ، ويَجري في الولَد في النصيب المعتَق من أُمه الخلاف ، وعن سحنون فيمن ترك زوجا وأخاها ومدبرها ، قيمتُها خمسون لم تدع غيرها ، ولها على الزوج مائة وخمسون وهو عديم ، يُعتَق ثلثها ، وللأخ ثلثها يؤخذ منه ذلك للمدبَّرة وللأخ ، فيعتق بذلك نصفها ، يصير للأخ ، فإن باعه الأخ ، ثم أيسر الزوج ردّ حتى يعتق جميعها ، أو بِقَدر ما أفاد . فإن أفاد عند ذلك حتى يحمل ، وإن لم يبين للأخ حين باعها : أن على الزوج دَينها إن أفاد يوماً مالاً ، أعتقت منه ، ولا يكون ذلك عيباً ترد به ، لأن الفائدة غير محققة الطَّرَيَان كالإستحقاق ، فإن أفاد الزوج ما لا يعتق فيه بعضُها ، فليس للمشتري الرد إن كان الذي أعتق يسيراً ، وإلا رد ، قال سحنون : مثل أن يبقى من الصفقة يسير كالإستحقاق .

فرع

في **الكتاب** : ولد المدبّرة والمدبّر من أَمَته بعد التدبير قبل موت السيد أو بعده ، بمنزلتها ، والمحاصَّة بين الإماء والأبناء في الثلث ، ويعتق محمل الثلث جميعهم بغير قُرعة ، وإن دبَّر حاملاً فوَلَدُها بمنزلتها ، وولد أم الولَد من غير السيد ، والمعتقة ،

(1) بالنسخة : ستون .

والمعتق إلى أجَل يَلِدُ من أَمَتِه ، أو المخدمة إلى ستين ، بمنزلتهم ، ووَلَدُ الموصَى يعتقها ، والموصَى بعتقه من أمته قبل موت سيده ، رقيق ، وما وُلد لهم بعد موته بمنزلتهم ، يعتق من جميعهم محمل الثلث ، وإذا لم يدع غير المدبر يعتق ثلثُه فوُلد له من أمته ، ثم مات وترك مالاً أم لا ، عتق من وَلَده مثلُ ما عتق منه ، قال ابن يونس : رَوى ابنُ وهب عن علي ، وعثمان ، وزيد ، وجابر بن عبدالله ، وابن عمر ، وغيرهم رضي الله عنهم : أن ولد المدبَّرة بمنزلتها يُرق برِقها ويُعتق بعتقها ، ولأن شأن الولد التبعية في الدِّين والنسَب ، ومراده في **الكتاب** : سواء حمل المدبرة قبل التدبير أو بعده ، أما ولد المدبَّر من أَمَته تحمل به بعد التدبير فهو بمنزلته بخلاف قبله ، ويُرق لسيده ، وما وضَعت لستة أشهر فأكثر من يوم التدبير فهو بمنزلته ، أو لأقلَّ فهو رقيق ، وما ولدت المدبَّرة قبل التدبير فهو رقيق ، قال أصبغ : فإن استَحدث السيد دَيناً مُحيطاً فلا يباع الوَلَد وهو صغير ، ويوقف إلى حد التفرقة ، أو يموت السيد فيباع مع أمّه ، وكذلك لو كان الصغير هو المدبَّر دونَها ، ويعني أيضاً أن الموصَى بِعتقه إن حملت أمتُه بعد موت سيده فولدُها بمنزلتها ، أو قبل موته رُق ، والموصَى بعتقها سواء حَمَلَت بعد الوصية في حياة السيد فولدته بعد موته ، أو كانت حاملاً يومَ الوصية فولدُها بمثلها ، والفرق بين ولد المدبَّرة وولد المدبَّر من أمته أن أمتَه ليس فيها عَقد تدبير ، وإنما عقد في سيدها ، فما في ظهر المدبَّر من ولد قبل التدبير ، فخُروجُ النطفة من المدبَّر كولادة المدبّرة ، وولادة المدبرة كحمل أمة المدبَّر ، وهو الفرق بين الموصَى بعتقه ، وبين ولد المدبَّر : أن الموصَى بعتقها له الرجوع فيها ، وإنما ينعقد أَثرها بالموت ، والمدبَّرة والمعتقة إلى أجَل انعقد عتقهما من حين اللفظ لا يستطيع السيد نقضه .

فرع

في **الكتاب** ، عَقل المدبَّرة ، وعملُها ، وغَلتُها لسيدها ، وأما مهرها ومالُها وما كسبت منه قبل التدبير أو بعده ، فموقوف بيدها ، ولسيدها انتزاعه ، وانتزاعُ أم ولد مدبَّره ما لم يمرض مرضاً مخوفاً ، وينزع مال المعتَق إلى أجَل ما لم يقرب الأَجل ، فإن لم ينزع مال المدبَّرة حتى ماتَ قُومت في الثلث بمالها ، لأنه تبع لها ، فإن حمل الثلث بعضها أقرّ المال بيدها كالمعتَق بعضُه بَتْلاً ، قال ابن يونس : قال

مالك : قيمةُ المدبَّرة مائة ، والتركة مائة ، يعتق نصفُها ، ويقَر مالُها بيدها ، لأن قيمتها بمالها مائتان ، وثلث السيد مائة ، وهو نصف المائتيْن التي هي قيمتُها بمالها ، فقد حمل الثلث نصفها ، فإن كانت القيمةُ مائة ، ومالها مائتان ، ولم يترك السيد شيئاً عتق ثلثها ، وأقر مالُها بيدها ، وعن يحيى بن سعيد : يُجمَعُ مالُها بمال الميت ، فإن خرجت من الثلث : أُقرّ لها مالُها ، وإن حمل الثلث الرقبة وبعضَ المال : وعتقت ، ولها من مالها ما حمل الثلث مع رقبتها ، فإن لم يدَّع غيرَها ، وما لها وقيمتُها مائة ، وما لها ثمانمائة ، عتق المدبَّر وله من ماله مائتَا دينار ، وهكذا يحسب ، قال : وكذلك الموصَى بعتقه وله مال ، ومالك وأصحابُه على الأول ، ولم ير مالك أن سنة من أجَل المعتق إلى أجَل انها قرب الأجل ، وليس للغرماء إجبار المفلس على انتزاع أم ولده أو مدبَّره بل له إن شاء ،لأنه تجديد مال كما لا يجبرونه على الكسب ، ولا ينزع في المرض لأنه ينزع لغيره .

فرع

في **الكتاب** : إذا دبر أحد الشريكين أمةً ، تقاوياها فإن صارت لمن دبَّرها كانت مدبَّرة ، أو للآخر رُقت كلها إلا أن يشاء غير المدبَّر تسليمها للمدبَّر ، ويتبعه بنصف قيمتها فله ، فإن كانوا ثلاثة فأعتق الثاني وتماسك الثالث ، والمعتِق ملي ، قومت عليه وعتقت كلها ، لأنه ابتدأ عِتقاً ، أو معسر فالتمسك مقاواة المدبَّر إلا أن يكون المعتق قبل التدبير ، والمعتق عديم ، فلا يلزم المدبّر مقاواة ، لأنه يرا[1] عتق بعد عتق مقدَّم لم يكن عليه تقويم وإن كان مليًّا ، ويجوز تدبير أحدكما بإذن شريكه ، فإن رضي سقط حقه ، وللمستمسك بيعُ حصته إذا بيّن أن نصفه مدبّرٌ وَلاَ مَقَال للمبتاع مع المدبَّر ، لأنه تنزل منزلة البائع ، وإن دبّراها معاً أو واحداً بعد واحد فإن مات أحدُكما عتقت حصتُه في ثلثه ، ولا يقوم عليه حصة شريكه ، فإن لم يحمل الثلث حصته فما حمل ، ويُرق الباقي للوارث ، وليس له مقاواة الشريك ، لأنه بمنزلتك ، فإن مات الثاني عمل في حصته كالأول ، فإن دبَّر أحدكما ، ثم أعتق

(1) كذا .

الآخر ، أو أعتق حصَّته من مدبَّر بينكما قُوم على المعتِق حصة الآخر قيمة عبدا ، لأن التدبير انفسخ كما تقدم ، والمدبر ، وأم الولد ، والمعتَق إلى أجَل في جراحهم وأنفسهم قيمة عبد ، قال ابن يونس : كانت المقاواة عند مالك ضعيفة ، وإنما هي شيء جرت في كُتُبه ، وقال مرة بغيرها ، وقال : يقوم عليه لأنَّ فيها إبطال الولاء ، وعن عبد الملك : لا بد من المقاواة لحق العبد ، أعتق الشريك بإذنك أم لا ، وقاله مالك : وقال : إن كان المدبَّر عديماً تقاواه ، فإن وقع عليه بِيعَ من نصيب صاحبه ، يريد : فما عجز عنه بِيعَ له ، ولا يباع من نصيبه الذي دبر شيء ، وقال ابن القاسم : لا مقاواة فيه ، وقال سحنون : تدبيرُه باطل إن لم يرضَ شريكُه ، لأنه لا يجد ما يغرم بالمقاواة ، بخلاف المبتَّل ، لأن مصلحة العتق ، تحقّقه فاغتفر إعادةً ، وعن ابن القاسم : إن أراد المتمسك مقاواة المعدِم على أن يتبعه إن وقع عليه ، فله ذلك ، وإن قَاواه ولا يعلم بعدمه ثم علم بعد أن وقع عليه فله فسخ المقاواة ، قال أصبغ : لا ينفسخ ، ويباع منه كله بقدر ما عليه لأنها كالبيع ، ولا يفسخ بعدم الثمن ، وما بقي فهو مدبر ، كمن دبرَ وعليه دين ، وهو القياس ، والإستحسان : لا يباع له إلا قدر ما يباع ، ففي تدبير أحدكما ثلاثة أقوال : التقويم ، والمقاواة ، والتخيير بين التمسك والتقويم والمقاواة . ومعنى المقاواة : تقويمُه قيمةَ عدل ، ويقال للذي لم يدبّر : يزيد عليها ويسلم هكذا حتى يصير إلى أحدكما ، وعن سحنون : إن شاء المتمسك إلزامَه المدبَّر بالقيمة يقوّم عليه صار مدبَّراً كله ، فالتقويم دون ائتناف حكمٌ ثان ، وقال عبد الملك : لا يكون النصف المقوَّم إلا بحكم جديد ، وقاس الأول على المعتق ، لأنه بالتقويم ، حر ، ولا فرق ، ولورثة غير المدبَّر مقاواة المدبر كموروثهم إلا أن يعلم بالتدبير بعد سنين ، وما ترى أنه ترك المقاواة ، بخلاف العتق ، وهذا على القول بتخيير الشريك ، وعلى تعيين المقاواة للوارث وإن طال لأنه حق للعبد ، وإذا أُعتق أحدكما ، ثم دَبَّر الآخر عتق نصيبُه ، لأنه ليس له إلا أن يعتق ناجزاً ويقوم ، فلما تَرك التقويم لزمه التخيير ، فإن قال : دبَّرت أولاً وقلت : بل أعتقت أولاً فأنتَ مدعًى عليك ، وتُصدق مع يمينك لأنك مدعى عليه استحْقاق التقويم ، فإن نكلت حَلف

ووجبت لك القيمة ، فإن نَكَلَ فَلا شيء له ، ويعتق عليه نصيبُه فإن كنتما في بلديْن ولا علم عند أَحَدكما يدَّعيه ، ولا بينة ، فلا شيء عليك ، ويعتق عليه حصته لنكوله عن اليمين ، وهذا على غير مذهب مالك ، وأما عند مالك وابن القاسم : فإن على المعتق القيمة ، لأنه إن كان أولاً فالتدبيرُ بعده باطل ، ويقوم عليه ، أو ثانية قوم عليه ، فعند الجهل يلزم التقويم ، قال اللخمي على أحد قولي ابن القاسم : إن التقويم حق لله دون الشريك : لا يُجبَر على التقويم ، وإن دبر بإذنه وتخلّف صفة التقويم ، فإن كان بغير إذنه قوم على أنه لا تدبيرَ فيه ، أو بإذنه قُوّم على أن نصفه مدبَّر لدخوله على العيب ، فإن لم يقَوّم وتمسك أو دبر ، والتدبير الأول بغير إذن الشريك : اتبعه الآخر بعيب التدبير ، وبإذنه لم يتبعه بشيء ، وإذا دبرت ثم أعتق الآخر : يقوم حصة المدبر على المعتق ، قاله في **المدونة** : وعنه ، لا يقوم ولا يبطل التدبير ، وعلى الأول يسقط عيب التدبير لسقوطه ، ويقوَّم على المعتق على أنه غير مدبَّر ولا معتَق ، وعلى عدم التقويم يرجع المعتق على المدبّر بعيب التدبير ، فإن أعتق أحدكم معسراً ، ثم دبّر الثاني قوّم على المعتق نصيبُ شريكه ، أو المعتق مُعسِر ، قضى المعتق في نصيب المعتق والتدبير ، ورُق نصيب الثالث على قول ابن القاسم ، وعلى قول ابن نافع : يقوِّم الثالثُ نصيبَه على المدبر إن شاء ، وإن تقدّم التدبير ، ثم المعتق ، والمعتق معسر، فثلاثة أقوال : قول **المدونة** : يقوّم المدبر والمتمسك على المعتق ، وعلى قول الآخر : لا يقوّم المدبّر ليلا ينتقل الولاء ، ويقوّم المتمسك على المدبّر لأنه مبتدٍ للفساد ، ولا يقوَّم على المعتق ، وعلى قول ابن نافع : يقوَّم على المعتِق ، لأنه المحقق للعيب بالعتق ، فإن كان معسراً قُوّم الثالث على المدبَّر ، أو يقاويه ، وهو قول ابن القاسم ، وفي كراهة مالك لتدبير أحدكما قولان ، لأنه يؤدي للعتق من غير استكمال إذا مات أحدُكما ولم يحمل ثلثه نصيبَه ، فإن نزل مضى .

فرع

في **المنتقى** : مَن[1] دبَّر بعضَ عَبده كمل عليه تدبيره كالعتق ، وقاله (ح) و(ش) .

فرع

في **الكتاب** : يجوز رَهنُ المدبَّر ، والمرتهن بعد موت السيد أحق من الغرماء ، وإن لم يدع غيره بيع المرتهن ، لأنه حازه ، ولو لم يقبضه بيع لِجميع الغرماء ، قال اللخمي : منع أشهب رهنَه إن كان في أصل البيع ، أما بعده ، أو في قَرض في العقد أو بعده ، جاز ، لأن الغَرر يجوز فيه ، لأن المشتري لا يدري متى يقبض دَينه عند حلول الأَجَل لِدَيْنه ، أو بعد موت السيد .

فرع

في **الكتاب** : لا يباع المدبَّر في حياة السيد في فلَس ولا غيره إلا في دَين قبل التدبير ، ويباع بعد الموت إذا اغترقه الدَّينُ تقدم التدبير أو تأخر ، ولا بِصدقة لامرأة في مَهرها لأنها بيع ، وإذا بيع فسخ بيعُه ، فإن تعيب عند المبتاع فعليه ما نَقَصه ، ووافقنا (ح) ، وجوز (ش) وابن حنبل بيعَه . **لنا** : أن رسول الله ﷺ قال[2] : **(لا يُبَاع المدبَّرُ ولا يُشتَرى)** وهو جزء من الثلث ، ونهي عن بيع المدبَّر ، ولأنه يستحق العتق بعد الموت ، فيمتنع البيع كأم الولد ، ولأنه آكد من المكاتب لعتقه بموت مولاه فيمتنع بيعه كالمكاتب ، ولأنه يعتق بالموت اتفاقاً ، فاما أن يكون عتقاً معلقاً بشرط ، فلدخول الدار ، أو عتقاً مستحقاً قبل الموت . والأول باطل ، لأن المعلق يبطل بالموت فتَعين أنه مستحَق قبلَ الموت كالإستيلاد ، قيل : لا يسلم أنه فرع النسب . **احتجوا** : بقوله[3] تعالى : ﴿**وَأَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ**﴾ وبقوله[4]

---

(1) بالنسخة : مرة .

(2) تقدم تخريجه وهو أول الحديث الموضوع مرفوعاً ، الصحيح موقوفاً عن ابن عمر ، ولفظه : لا يباع المدبر ولا يشترى ، وهو حر من الثلث .

(3) (البقرة : 275) .

(4) (النساء : 29) .

تعالى : ﴿**إلاَّ أن تكُونَ تِجَارَةً عَن تَرَاضٍ مِنكُمْ**﴾ وفي مسلم[1] : (**أن رسولَ اللهِ ﷺ بَاعَ مُدبَّراً**) وهو معنى مشتركاً بين المدبَّرين ، (**ويروى[2] أن رجلاً أعتق غلاماً له عن دُبر منه ، ولم يكن له مال غيره ، فأمر رسول الله ﷺ فَبِيعَ بتسعمائة أو بثمان مائة**) ، وفي بعض الأخبار أنه ﷺ قال : (**هو أحق بثمنه**) وفي بعضها :(**مَن يَشتريه منه ؟**) فاشتراه رجل منه بثمانمائة درهم ، فدفعه إليه ، ولأنه عتق معلق بالموت فيجوز بيعُه كالموصَى بعتقه ، ولأن عائشةَ رضي الله عنها دبَّرت جارية لها فسَحَرتْها فباعتْها ولا مُخالفَ لها من الصحابة ، فكان إجماعاً .

والجواب عن الأول والثاني : أنهما مخصوصان بما رويناه ، وعن **الثالث** : أنه حر[3] عين ، فما تعين موضع الخلاف ، فأما يخيَّر بين مدبَّرين إن دبّر وعليه دَيْن ، أو يلحقه دَين بعد الموت ، ولعله منها ، أو باع خدمته مدة ، ولو لم يتعلق به حق لم يتعرض الإمام لِبَيعه . فَدل على أنه باعه في دَين ، وقد رُوي[4] أنه ﷺ **باعه في دَيْن** . وهو ظاهر بيعه له دون صاحبه ، ولأن خبرنا يفيد الحَظْر ، وخَبَرَكم يفيد الإباحة ، والحَظْر مقدَّم عليها ، وحمل خَبركُم على مذهبنا ، وحملُ خَبرِنا على مذهبكم متعذّر . وعن **الرابع** : الفرق : بأن الموصَى بعتقه يستأنف فيه العتق ، والمدبَّر تقرر عتقُه في الحياة ، وعن **الخامس** : أنه مذهب لها ، أو لأنها سَحَرتها لتموتَ فسألتها فقالت : أردتُ أن أتعجل العتق ، فقد استحقت القتل ، والنزاع في البيع مَعَ العصمة .

---

(1) هو في حديث جابر الآتي بعده .

(2) رواه البخاري في البيوع ، باب بيع المزايدة ، وباب بيع المدبر ، وفي الاستقراض ، وفي الخصومات ، وفي العتق وغيره . ومسلم في الزكاة : عن جابر ،والألفاظ الأخرى منه ، وفيها : أنت أحوج منه .

(3) بياض بقدر كلمة .

(4) هذا من حديث جابر المخرج آنفاً ، وهي رواية النسائي وبعضها : كان محتاجاً عليه دين ، فقال عليه السلام :اقض بها دَينك . انظر (الدراية) لابن حجر (87/2) .

تفريع

في **الكتاب** : لا بأس أن يأخذ مالاً على أن يعتق مدبَّره ، وولاؤه له ، ولا أحب بيعَه ممَّن يعتقه ، ومَن باع مدبَّره فمات بيد المبتاع ، ضَمِنَه ، وأمسك البائع من الثمن قدرَ القيمة أن لو كان يحل بيعُه على رجاء العتق له ، وخوف الرق عليه كمستملك الزرع يغرمه على الرجاء والخوف ، والفاضل بيد البائع يشتري بها مدبّراً ، وإلا أعان به في رقبة ، وإن أعتقه المبتاع بعد العتق وولاؤه للمبتاع ، وجميع الثمن للبائع ، وإن وطيء المبتاع المدبَّرة فحَمَلَت فهي أم ولَد له ، وبطل التدبير ، لأن الإستيلاد أقوى ، لأنه يعتق من رأس المال ، ولا يرجع على البائع بما بين قيمتها مدبَّرةً وغيرَ مدبَّرة ، قال ابن يونس : إذا أعتق المبتاع نفذ العتق في أحد قولي مالك ، قال ابن القاسم : لا يرجع المبتاع بشيء إذا أعتقه ، عَلِمَ بالتدبير حين الشراء أم لا لانفساخ التدبير ، قال مالك : وليس على البائع في الثمن شيء ، فإن عمي[1] خبره فلا يدري أمات أو عتق . قال ابن القاسم : يجعل الثمن كلـه في مدبَّر ، قال : والقياس إذا استقصى أمره وأيس منه : جُعل ميتاً كالمفقود ، وإن لم يَعلم ببيعه حتى مات سيدُه وقد أحاط الدَّين بماله لم يرد ، لعدم الفائدة ، ولا دَين عليه ، رد ، فإن لم يدع غير ثمنه أعتق ثلثه ، وللمبتاع رد الثلثين للضرر بالعتق ، إلا أن يكون عَلِمَ حين البيع بالتدبير ، قال أبو عِمْران : إذا غاب اشترى عليه وجعل ثمنه في عبد[2] مدبره فوُجد الأول ، انتقض[3] البيع ، ويغرم الثمن لمشتريه ، ويمضى التدبير في العبدْين كالهَدْي الواجب يضِل فيبدله ويُشعِر الثاني ، فيجد الأول فينحَرُهما جميعاً ، والفرق بين موته فيجْعَل فضلُ ثمنه كله : أن الميت علم أنه لا يدركه عتق ، وفضل ثمنه كعضو بقي منه ، والغائب لم ينفسخ تدبيرُه فهو مدبَّر تام ، كالهدي يضل ، والفرق بين موته وموت المكاتَب بعد البيع : أنه يسوغ له

---

(1) بالنسخة : عمر .

(2) كذا ، ولعلها : غير .

(3) بالنسخة :تنقض .

جمع[1] الثمن ؛ أن المكاتب له تعجيل نفسه إذا لم يكن له مال ظاهر ، فرضاه[2] ببيعه ، رِضا بالفسخ ، ولا يجوز للمدبّر فسخُ تدبيرِه ، قال ابن القاسم : إن باعه الورثة بعد موت السيد لغرض فتغير المقرض في سُوقه ، أو أخذ قيمة ذلك العَرض في فوته ، لحصول العتق بالموت أو لا مال لسيده مأمون ، ومات المدبر لحدثان بيعه قبل النظر في مال الميت ، فهو من المبتاع ، وينفذ بيعُه ؛ وإن مات بعد طول الزمان وعرفانه : كأن يخرج من الثلث ، فمصيبتُه من الورثة ، ويأخذ المشتري قيمةَ عرضه ، لأنه بيع فاسد اتّصل به التغيير فيمضى بالقيمة ، فإن خرج بعضه في الثلث رَجَع بقدر ذلك ، ومصيبتُه ما رُق من المشتري ، وإذا باعه مدبّراً ولم يعلم[3] فأعتقتَه عن رقبةٍ[4] واجبة ، أجزأك عند ابن القاسم لانفساخ التدبير ، والولاء لك ، ولا يرجع لشيء ، ولا يجزىء عند أشهب ، وينفذ العتق ، ولا شيء لك ، وإن باعك بشرط العتق : ردَّ ما لم يفت بالعتق فينفذ ، والولاء للبائع ، لانعقاده له أولاً ، وكذلك المكاتب وإن بِيعَ المكاتَب ولم يشترط عتقه ، فأعتقه المبتاع نفذ عتقه عند ابن القاسم وأشهب ، والولاء للمشتري عند ابن القاسم ، وقاله أشهب ، إن بيع بعلم المكاتب ورضاه ، على أنه عبد ، لأنه رضي بالعجز ، وإلاَّ فالولاء للسيد ، ورد عبد الملك بيعَه ، ونقض عتقه ، ورده لكتابته ، لأنه محرم ، وإن وَهَبَك مدبَّره في صحته ، فحرمته[5] فمات ولا مال له غيره ، عتق ثلثه ، وثلثاه لك ، قاله ابن القاسم ، ولذلك إذا تصدق به على ابنه الكبير ، وحازه في صحة أبيه ، ولو كان الإبنُ صغيراً : لعتق ثلثه ، ورُق ثلثاه للورثة ، ولا تكون حيازة الأب في مثل هذا حيازة ، لأنه فَعَلَ في المدبَّر ما يحرُم ، ولأنه لو نازع الغرماء الإبن الكبير في تقدم الدَّين الصدقة ، ألزم الغرماء البينة ، وفي الصغير ، تقدّم الدَّين حتى

---

(1) كذا ، ولعلها :جميع . . . وان المكاتب .

(2) بالنسخة : فرضياه .

(3) كذا ولعله : ولم تعلم .

(4) بالنسخة : رقبته .

(5) كذا .

يثبت بأجرة[1] ، قاله مالك ، وقال ابن القاسم : يرد الصدقة ، وإن قبضت من الأجنبي أو الولد ، يرد في حياة السيد ، وكذلك المكاتب ، والمعتَق إلى أجَل ، قال أصبغ : إن لم يعثر على هذا حتى مات السيد عُتق في ثلثه ، وما لم يَحمله ، رُق للورثة ، لبطلان الصدقة ، وعن ابن القاسم : المتصدق والمشتري ولي بما رق منه ، لكشف الغَيْب[1] عدمَ العتق في البقية ، فإن مات المتصَدَّق به عليه وقد أوصى بعتقه ، فلا وصية له ، ويرد مدبر السيد ، وكذلك لو أعتقه في صحته ، بخلاف المشتري يعتق أو يوصي بعتقه ، فيعتق في ثلثه ويرق الباقي للبائع ، لأنه ضمنه بالشراء ، وبيعه مختلف فيه ، قاله أصبغ ، قال : والقياس إذا عتق بوجه ما ، يجوز عتقُه ، لحصول مقصود التدبير ، فلا يرد إلى الرق لأمرٍ موهوم ، قال محمد : إذا وهبه ثم مات وقد استَحدث دَيناً بعد الهبة ؛ رق للموهوب إن أحاط به الدَّين ، أو ما رق منه إن لم يحط به ، أو الدَّين قبل الهبة فالدَّين[2] أولى ، فإن اجتمع المتقدم والمتأخر ، والمتقدم درهم ، والمتأخر يغترق بقيته بِيعَ كله للمتقدم ، قاله أشهب ، وقال محمد : يباع بقدر المتقدم فقط ، ويدخل معهم فيه الآخرون ، ويرق باقيه للموهوب له ، قاله ابن القاسم ، وإذا أشهده قبل النكاح[3] صحيح ، ويرد إلى سيده ، وللزوجة قيمته عبداً كالإستحقاق ، وإن مات السيد لم يترك غيره عتق ثلثه ، ورجعت بقيمة ثلثه ، وخيّرت في إمساكها . رق ، ورده ، ويرجع بقيمة جميعه ، وإن علمت أنه مدبّر فسد النكاح ، وفسخ قبل البناء ، وثبت بعده ، لأن الصداق غير مقصود في النكاح ، ولها صداق المثل ، وعتق في ثلثه ، فإن كان عليه دَين يرقه فأمسكتْه المرأة لأجل صداقها ، فيجري الخلاف في القرض[4] يشترَى شرات فاسداً فيفلّس البائع ويمسك الثمن ، قال اللخمي : إذا ولدت المدبَّرة من المشتري رُدّت ، وأخذ من المشتري الثمن ، وهل عليه قيمةُ الولَد إذا غرّه البائع ولم

---

(1) بالنسخة : العيب .

(2) بالنسخة : فأدين .

(3) كذا ، ولعله : صح .

(4) كذا . ولعله : العرض .

يَعلَم بالتدبير[1] ؟ خلاف : وغرم القيمة أُحسن ، وإن كاتبه المشتري ، ثم مات البائع والثلث يحمله ، عتق عليه وردّت الكتابة ، وإن كان عليه دَين يُرقه مَضَى البيع والكتابة ، وإن لم يخلف غيرَه عتق ثلثه ومضت الكتابة في الثلثيْن ، فإن لم يمُت السيد وأدى الكتابة ، عُتق على أحد قولي[2] مالك ، وإن لم ينظر فيه حتى عجز . وإذا استُولدت ولم يرد حتى ماتَ البائعُ والثلث يَحملِها عُتقت على البائع ، وإن كان عليه دَين فرقها بقيت[3] أم ولَد للمشتري ، وإن لم يخلف غيرها بقي ثلثاها أم ولد للمشتري ، ويختلف في عتق الثلثين لتعذر الوطْء بالشركة ، وإذا أخدم المدبَّر عشر سنين ، وحازه المخدم ، ثم مات السيد ، وخرج من الثلث سقطت الخدمة ، أو لا مال له غيره عتق ثلثُه ، والمخدَم أُولى[4] بما رق منه إلى تمام الأجَل ، ثم هو للورثة ، وإن كان دَين يرقه فالمخدم أُولى[6] به إلى الأَجَل ، ولو لم يكن الدَّين إلاَّ دِينارٌ واحد لم يبع منه شيء إلا بعد الخدمة ، فإن أُجره سنة وقبض الأجرة ومات بِقُرب ذلك ، ولم يخلف إلا المدبَّر ؛ قال ابن القاسم : إن أُحاطت الأجرة به لم يُبع حتى تنقضي الإجارة ، فيعتق ثلثه ويرق ثلثاه ، أو لا يحيط به ، بِيع من جميعه بثلث الأُجرة ، ويستخدمك لمستأجره فيعتق ثلثُه ويرق ثلثاه ، أو لا يحيط به ؛ بِيع من جميعه بثلث الأجرة ، ويستخدم ثلثه ، فإن[5] فضل منه أكثر من ثلثي الرقبة ، ويخدم ثلثاه مدة الإجارة ، فإذا مضت عتق تمامُ ما بقي بعد الدَّين ، ورُق ثلثاه ، ويرجع ما بِيعَ منه عن ثلث الأجرة إلى المستأجر ، وينفسخ منه ثلث الخدمة ، قال محمد : إن لم تحط الأجرةُ برَقبته ؛ فأحب إليَّ أن لا يباع منه شيء . قال ابن القاسم : إذا كانت الأجرة تسعة ، وقيمته ثلاثون ولا مال له غيره ،فضت التسعة على قيمته ، فينوب الثلث المعتق ، ثلاثة فيباع منه بها ، ويعتق بقية الثلث

---

(1) بالنسخة : فالتدبير .

(2) بالنسخة : إحدى قول .

(3) بالنسخة : بقية .

(4) بالنسخة : أولا .

(5) كذا ، وفي الكلام نقص .

وهو تسعة ، وللمستأجر ثلث الخدمة ، وثلثُها بين العبد والذمي اشتري منه بثلاثة ، فإذا تم أجَل الإجارة رجع للورثة فيقول : أُكملوا إليّ ثلث المائة ، فيجمع عشرين ، وما صار للعبد وهو سبعة ، وذلك سبعة وعشرون[1] ، فيعتق من ذلك الثلث ، وهو تسعة ، ومراد العبد : ديناران[2] ، فإن كان على السيد دَين خمسة ، أضيف إلى ثلاثة العتق ، لأن ثلثي الورثة لا سبيلَ لأصحاب الدين عليه ، لأن المستأجر أحق به ، والدَّين الأجنبي أولى من التدبير ، فيباع من العبد بثمانية ، فإذا انقضت الإجارة ودُفع العبد للورثة ، رَجَع عليهم فيعتق منه تمامُ الثلث .

فرع

في[3] . تجوز كتابة المدبَّر ، فإن أدى عتق وإلا عتق بعد موت السيد في ثُلثه ، ويقوَّم بماله في الثلث ، ويسقط عنه باقي الكتابة وإن لم يحمله الثلث ، فما حبا[4] ويقر بماله بيده : عتق عنه ثلثه ، ويوضع عنه ثلث كل نَجم بقي عليه بِقدر ما عتق ، لأنه للعدل إن لم يدَّع غيره عتق عنه ثلثُه ، ووضع عنه ثلث كل نجم بقي عليه ، ولا ينظر إلى ما أدى قبل ذلك ، لأن العتق لم يصادفه ، ولو لم يبقَ عليه إلا نجم حط عنه ثلثُه ، ويسعى فيما بقي عليه ، فإن أدى عُتق كله ، وإن مات سيده وعليه دَين يغترق قيمةَ رقبته تبع فيه كتابته ، فإن أدى فولاؤه لناقدها ، أو عجز ، رق لمبتاعه ، لأنه شأن بَيع الكتابة ، أو اغترق بعض رقبته بِيع من الكتابة بقدره ، وعتق قدر ثُلث ما لَم يبع من كتابته ، وحط من كل نجم ثلُث ما لم يُبع من ذلك النجم[5] ، فإن وفى عتق وولاؤه للميت ، أو عجز فبِقدر ما بِيع من كتابته ، رُق لمبتاعه ، وما عتق منه لا سبيل لأحد عليه ، وباقي رقبته

(1) بالنسخة : وعشرين .

(2) بالنسخة : دينارين .

(3) كذا ، وكتب الناسخ فوقها : . . . علامة التوقف عنده ، ويظهر انه سقط منه اسم الكتاب المنقول منه .

(4) كذا .

(5) بالنسخة : الجم .

بعد أدى[1] عتق منه برق الورثة ، ولك مكاتبة عبدك مع مدبَّرك كتابة واحدة[2] ، فإن مت مَضت الكتابة على قَدر قوتهما على الأداء يومَ الكتابة ، وعتق المدبَّر في الثلث ، وسقطت حصته عن صاحبه ، ويسعى العبد في قيمة حصته وحده ، ولا يسعى المدبَّر معه ، لأنه إنما دخل معه على أن يعتق بموت سيده فلا حجة له ، بخلاف عتقِ السيد لأحد العبْدَين في كتابة واحدة ، لأنه لم يدخل على هذا ، وإن لم يحمل المدبَّر الثلث عتق محمله ، وسقط من الكتابة قدرُ ذلك ، ويسعى في باقي الكتابة هو وصاحبه ، ولا يعتق بقيته إلا بصاحبه ولا صاحبه إلا به ، فإن عتقا رَجَعَ مَن ودَّى منهما على صاحبه بما ودَّى عنه ، إلا أن يكون ذو رَحِم لا يَملِك أحدُهما الآخر . فلا تراجع بينهما ، لأن أحد[3] العرض فرع قبول مالك المعرض[1] ، وقال أشهب : لا تجوز مكاتبة العبد مع المدبّر المحض على العبد معتق المدبّر . في **النكت** : إذا اغترقَ الدَّينُ رقبتَه تباع كتابته ، يريد : لا فضل في الكتابة ، وقوله : إذا اغترق بعضَ الرقبة يباع من الكتابة بقدر الدَّين ، يريد : وفي الكتابة فضلٌ ، قال محمد : إن اغترق الدَّينُ قيمةَ رقبته بِيع من الكتابة بقدر الدَّين ، ثم يعتق ثلثُه الباقي ، ويسقط من الكتابة بقَدر ذلك ، وإن كان الدَّين يحيط بالكتابة وحدها ، وفي الرقبة فضل ، فقيل : لا بد من تعجيزه حتى يباع من رقبته قدرُ الدَّين ، ثم يعتق ثلثُ ما بقي ، قال ابن القاسم : يترك على كتابته يؤديها في الدَّين على نجومه منه فيعتق ، وإن عجز عُتق منه ثُلث ما يفضل بعد قضاء الدَّين ، فإن اغترق نصفَ الرقبة وثلث الكتابة ، فإن بيع ثَلاثة أَرباع الكتابة فيعجز فيرق ثلاثة أرباعه ، أو يباع نصف رقبته أولى[4] ، أجاب بعضهم بأنها كمسألة محمد ، إذا كان الدَّين يحيط بالكتابة وحدها ، وفي الرقبة فضلٌ ، فَعَلَى[5] قولِ ابن القاسم : لا بد من تعجيزه ، ولا يباع منه شيء ، ويؤدي على نجومه ، فإن عجز فهو كمدبَّر لا كتابة

---

(1) كذا . ولعلها : الذي .

(2) بالنسخة : واحد .

(3) كذا .

(4) بالنسخة : أولا .

(5) بالنسخة : فعلا .

فيـه ، يباع منه بقدْر الدَّين ، ويعتق ثلث الباقي ، وإنما يباع من كتابته بمقدار الدَّين إذا اغترق من الكتابة مثلَ ما اغترق من الرقبة أو أقل ، أما من الكتابة أكثر ، فَعَلى ما تقدم .

قال ابن يونس : قال محمد : إذا كوتب المعتَق إلى أجَل ، ثم فَلَس وعليه دين يحيط بأضعاف قيمته ، لا تباع كتابتُه ويؤديها للغرماء ، فإن وَدَّاها قبل الأجَل عتـق ، أو سبق الأَجَل عتق وسَقَط ما بقي عليه قَل الدَّينُ أو كَثُرَ ، فإن ودَّى وبقيةٌ من الكتابة باقية ؛ فهي لسيده أو لورثته ، أو حل الأَجَل قبل وفاء الدَّين وبقي الكتابة عتق ، وَسَقَط باقي الكتابة ، وبقي على سيد البقية دينُه ، قال ابن مُيَسَّر : هذا إذا كان العتق قبل الدَّين ، ويجوز تقديمُ التدبيرِ على العتق إلى أجَل وتأخيرُه ، فإن مات السيدُ قبل الأجَل قُوِّم في الثلث الخدمة بقية الأجَل ، وقيل : إن تقدم التدبيرُ قُوِّمت رقبتُه ، وهو ضعيف ، لأنه يستوعب الثلث في عتقه ، وما عجز عنه فهو من ثلثي الموت ، فهو يعتقه إلى تمام الأجَل فتظلم الورثة لا يقوم في الثلث ما لا يملكه ، لأنه لو كان على السيد دَين يحيط به لم يزل العتق إلى أجَل ، وإن كان التدبير قبل ، ولم يبع من رقبته له شيء في دَينه ، وينقض الدَّين التدبير ، ولم ينقض عتق الأجَل ، فكان للغرماء خدمته فنسوا[1] إلى الأجَل ، وليس للميت مال غير خدمته ، تقدم التدبيرُ أم تأخر ، فإن كان[2] معتقاً إلى الأجَل ، ثم فلَس أو ماتَ وعليه دَين يحيط برقبته استَدانَه بعد عتق الأجَل ، فلا تُباع كتابتُهُ ، ويؤديها للغرماء على النجوم ، وإن وَدَّى الدَّين وَدَّى الباقي للورثة ، وإن وَدّاها قبل الأجَل عتق وقضي الدَّين ، أو ما بقي منه منها ، وإن لم يوَدّ حتى حَل الأجَل سَقَط عند الباقي منها ، ولم يتبع بشيء من دَين سيده ، عتق بالأداء أو بحلول الأجَل ، وإن كان الدَّين قَبل عتق الأَجَل فالدَّين أولى به ، قال ابن القاسم : إن كَاتَب ، ثم دبَّر جعل في الثلث الأقل من قيمة الرقبة ، أو قيمة الكتابة ، أو دبر ثم كاتب فقيمةُ الرقبة خاصة ، لأن السنَّة في المدبَّر إذا لم يكاتب أن في الثلث قيمة رقبته التي كان يملكها

(1) كذا دون نقط .

(2) بالنسخة : كانت .

قبل التدبير ، وهو عتق الْتزَمَه بعد الموت ، فإذا كاتب لم ينتقل عن ذلك ، لأنه لو عجز عادَ مدبَّراً ، وإن تقدمت الكتابةُ فقد صار لا يتغير ما يملكه منه ، إذ قد يعجز فتُملك رقبتُه ، أو يؤدي فتصح له الكتابة ، وإذا دبر جعل في الثلث الأقل بما كان قد صح له احتياطاً للعتق بتدبيره إياه كإيصَائه بعتقه ، هذا إذا كاتبه في الصحة ، ثم دبَّره بعدها في صحة أو مرض ، أما إن كاتبه في المرض ، ثم دَبّره فيه فيجعل في الثلث قيمة الرقبة ، لأن الكتابة في المَرض إذا لم يقبض إنما تجعل في الثلث قيمة الرقبة ، لأنها من ناحية العتق ، وفي التدبير تجعل قيمة الرقبة فاتفقا ، فلذلك جعلت قيمة الرقبة ، قاله ابن القاسم ، وقال محمد : سواء بدأ بالتدبير أم لا ، فلا يقوّم إلا بأقلهما ، لأن مَن أوصى بِعتق مكاتبه جُعل في الثلث الأقل من قيمة رقبته ، أو من قيمة كتابته ، ولا فرق بين الوصية بالمكاتب أو تدبيره ، قال ابن القاسم : إذا كاتبهما كتابة واحدة ، ثم دبَّر[1] أحدَهما ؛ فإن أديا عتقا ، أو عجزا لَزم السيدَ تدبيرُ مَن كان دبّر ، وإن مات السيد قبل عجزهما والمدبّر يحمله الثلث ، وهو قوي على السعي حين مات السيد ، لم يعتق إلا برضا صاحبِه لِحق الكتابة التي التزمها معه .

فرع

في **الكتاب**[2] : مدبَّرة بينكما وطئها أحدكما[3] فحَمَلَت ، قُومت عليه وتصير له أم ولد ، لأنه أقوى لها ، وقال غيره : إن كان الواطىء معسراً خُيِّر شريكه بين اتّباعه بنصف قيمته وتصيرُ أمَّ ولد له ، وبين التمسك بحصته لأَجْل عُسره ، واتباعه بنصف قيمته الوَلَد يومَ استهلاكه ، ثم لا يقوم عليه أن أيسر ، فإن مات الواطىء عديماً عتق عليه نصيبُه من رأس ماله ، لأنه من أُمّ ولد ، وبقي نصيب المتمسك مدبّراً ، أو مات غير الواطىء ، وقد كان تمسك بنصيبه ، وعليه دَين ،

(1) بالنسخة : دبره .
(2) بالنسخة :الكتابة .
(3) بالنسخة : احد .

يرد التدبير ، بيعت حصتُه ، لأنه شأن التدبير ، فإن ابْتاعها الواطىء ليس[1] حدث له ، حل له وطؤها ، وإن مات فنصفها رقيق ، ونصفها حر من رأس ماله ، قال ابن يونس : قيل : يُقَوم على الواطىء الولَد خاصةً ، وتبقى هي على حالها ، وإن مات غيرُ الواطىء عن نصفها في ثلثه ، فإن لم يترك وفاءً قُومت على الوطيء وبقيت له أم وَلَد ، وقوله : يتبع بنصف قيمة الولَد يومَ استهلاكه : يريد : وكذلك إذا تأخر الحكم حتى كَبِر الصبي ، وقيل في ولد المستحقة : فيه القيمة يومَ الحكم ، والفرق : أن وطْءَ الشريك عُدوان ، فلزمته القيمةُ يومَ التعَدي ، وإنما تكون القيمةُ يومَ يحكم باستحقاق أمه ، قال اللخمي : إن كان من ثلث المدبّر ونصيبه عتق بالتدبير ، وأُعتق نصيب الواطىء لتحريم الوطء عليه ، وكذلك إن حمل الثلث بعض نصيبه ، وعن مالك : يقوّم نصيبُه من الولد وحده ، ويمنع الواطىء منها ، فإن مات المدبَّر وترك وفات أُعتق نصفه ، وإن لم يتركه وفات قُومت على الواطىء وبقيتْ أم ولد ، لأن الولاء قد ثبت بالتدبير ، فلا ينتقل ، وقوله : إنما تكون أم ولد ، إنما يصحّ على القيمة تكون يومَ حَمَلت ، وتسقط القيمة المأخوذة من الواطىء في الولَد ، وتعاد له أو تحاسب بها ، وإن التزم قيمة الولَد اليومَ ، أو يوم وَلَدت لم تكن أم ولد ، وإذا كان الواطىء مُعسراً لا يخيّر المدبَّر على هذا القَول ، ولا ينتقض التدبير ، ويرجع بنصف قيمة الولَد ، وإذا لم يقوم على الواطىء للعُسر ، أو لِمنع نَقل الولاء على أحد قولي مالك ، فلا يعتق نصيبُ الذي أولد عند أشهب ، ويتبعه ولا يكون عنده بعضُ أم ولد .

فرع

في **الكتاب** : إذا دَبّر جنينَها ، حُرم بيعُها دون رَهنها ، كما لو أُعتَق ما في بطنها ، قال ابن يونس : قال أبو عِمْران : إنما يرهنها في دَين قبل الحرية ، وقبل التدبير ، وأما ما يحدث فيباع ما في بطنها فيه ولا يتعرض هو به للبيع .

---

(1) كذا .

فرع

في **الكتاب** : إذا ارتدّ المدبَّر وَلَحِق بِدارِ[1] الحرب : استُتيب فإن لم يتُب قُتل ، وإن تاب لم يقسَم في المغنم ، ورد لسيده إن عُرِف ، فإن جهل أنه مدبَّـر حتى قُسـم ، فلِسيده فداؤه بالثمن ، ويَرجع مدبَّراً ، فإن مات السيد وقد تَركه في يد مَن صار في سَهْمه يختدمه في ثمنه ، فمات السيد قبل وفاء ذلك ، عتق من ثلثه ، واتبع بباقي الثمن ، فإن لم يَسَعه الثلث : فما وسع ، ورُق باقيه لوارثه ، لأن سيده أسلمـه ، قال غيره : إن حَمَلَه الثلث عتق ولم يتبع بشيء ، أو بعضه لم يتبع بحصة البعض العتيق ، بخلاف الجناية التي هي فعله ، وإن رهن السيد ، فَمَا لَم يحمل الثلث منه فِرق ، ولا خيار للوارث ، وفي الجناية يُخَيَّر الورثة فيما رُق منه ، إذا سلمه ومات والثلث لا يحمله ، والسيد قد أسلمه فيها ، والفرق : أن المشتري قد أخذه في الأصل على مالك رقبتِه ، والمجني عليه إنما أُسلمت له خدمتُه فهي أضعف . في **التنبيهات** : اختلفت الرواياتُ فوقع[2] سيده الغيبة[3] وسقط بعينه في بعضها ، وهو الصحيح ، وهو أنه إذا عرف أنه مدبَّرٌ أو حر ؛ قال ابن يونس : إن أراد سيده تركَه في يد من حُسب عليه يخدمُه في ذلك ، فإن وفى والمدبر حي ، رجع مدبّراً ، أو هلك قبل وَفائِه خرج من ثلثه ، واتبع بباقي الثمن ، قال عبد الملـك : اتباعه بحصة ما عتق إنما هو فيما اشتري مِن يد العدو ، وأما ما وقَع في الغنائم فلا ، كالحُر يقع في المقاسم لا يتبع ، وإن باعه العدو اتبع ، قال محمد : والقول ما قال عبد الملك ، وكذلك المكاتب . والمعتَق إلى أجَل ، لا يتبعُ إلا بما يتبع فيـه الحـر ، وجعل ابن القاسم أبا قر[4] لدار الحرب بجناية فَعَلَها إلا في قوله إذا لم يحمله الثلث رق باقيه لمشتريه ، وإن أُريد السيد ولحِق بدار الحرب دون المدبَّر ، ففي **الكتاب** : يوقف مدبَّره لموته فيعتق بعد موته كما يوقف مال الأسير ، وإذا

---

(1) بالنسخة : بالدار الحرب .

(2) كذا وفي الكلام سقط .

(3) كذا .

(4) كذا . ولعلها : إباقة .

وقف أنفق عليه من مال سيده ، وكذلك أم ولده بخلاف صغار ولده ، لأن الولد لا يرثه ان قل[1] على ردته ، قال اللخمي : إذا لم يعرف سيد المدبَّر الواقع في المقاسم لم يبع ، وخدمته للجيش ، فإن افترقوا بِيعت شيئاً بعد شيء ، وعن ابن القاسم : يكون رقيقاً لمشتريه ، ويبطل تدبيره ، وقال محمد : لمشتري خدمته حياةَ السيد وإن كثرت ، وللمالك في خيار الورثة إذا أسلمه قولان ، وهما يجريان في الغرماء : أن يدفعوا له باقي ثمنه ، ويباع لهم ، والقول الآخر أحسن ، والمبيع في المقاسم أقوى من الجاني ، لأن العبد القِن لا يباع منه بقدر الثمن ، ويؤخذ الباقي ، وكذلك اتباعه بعد العتق ، الصحيح أن لا يتبع ، لأن المستحق منه بعد القَسم مالك[2] ، وحرية[3] بالمالك لا ينزع إلا بالثمن . والمدبّر قادر على أن يبين أنه مدبّر فلم يفعل ، فهو كالحر يقع في المقاسم ، فيغُر من نفسه ، وإن اشتري من أرض الحرب مدبَّر وأخرج ، ثم ثبت أنه مدبر ، وهو كان يظن أنه عبد ، وأسلمه سيده ، ثم مات وحمله الثلث ، لا يتبع بالباقي ، بخلاف الأول ، لأن من أخرج[4] حراً من أرض الحرب له أن يتبعه بما اشتراه ، ولو قدم حربي بمدبَّر وأسلم عليه ، لم ينزع منه ، وكان له فيه ما لسيده فيه وهو الخدمة ، لأن الحربي يملك مال المسلم ، فإن مات الذي دبَّره والثلث يحمله عتق ، وولاؤه لمدبّره ، وإن لم يكن لـه غيره عتق ثلثـه ، ورق باقيه للحربي ، وإن كان على السيد دَين يرقه رُق كله له .

فرع

في **الكتاب** : إذا أسلم مدبَّر نصراني أو ابْتاع مسلماً فدبره أجزناه له ، وقبض أجرته ، ولم يتعجل رقه بالبيع ، فقد يعتق بموت[5] سيده ، فإن أسلم النصراني قبل

---

(1) كذا .

(2) بالنسخة :ملك . . . بالملك .

(3) كذا .

(4) بالنسخة : اخراج .

(5) بالنسخة : بمدة .

موته رجع إليه عبده ، وله ولاؤه ، فإن لم يُسلم حتى مات عتق في ثُلثه ، وولاؤه للمسلمين ، لأن الكافر لا يرث المسلم ، إلا أن يكون للنصراني ولد وأخ مسلم ممن يجر ولاؤه إليه فيرثه ، هذا إن أسلم المدبَّر بعد التدبير ، أما إن دبَّره والعبد مسلم ؛ فولاؤه للمسلمين لا يرجع إليه إن أسلم ، ولا ولد له مسلم ، لأنه يوم عقد التدبير لم يكن له عليه ولاء ، ولا مِلك مستقر ، بخلاف تدبيره كافراً ، وإن عتق في الثلث نصفُه والورثة نَصَارَى بِيع عليهم نصفُه من مسلم ، وإن لم يكن له ورثة رق للمسلمين ، وقال غيره : لا يجوز للنصراني شراء مسلم ، لأن الإسلام لا يُعلَى عليه ، فإذا أُسلم عبده ، ثم دُبر ، عتق لأنه معنا من[1] ابيعه بتدبيره . وفي **التنبيهات** : قول بعض الرواة : إن اشترى مسلماً ودبَّره لا يجوز الشراء ، لأنا لو أجزناه لبعناه عليه ، بلا فائدة ، وقال ابن أبي زَمَنين : معناه : أن البيع والتدبير يفسخان ، وقيل : يعجل عِتقه ، قال ابن يونس : قال عبد المَلك : إذا أسلم عبده فأعتقه إلى أجَل ، عُجل عتقه ، أو كاتبه بِيعَت كتابته عليه نفياً لِسلطان الكفر على المُسلم ، قال ابن يونس : وإذا أجزنا[2] المدبَّر عليه ، وقبضَ الأجرة وأتلَفها ، وماتَ قبل أن يخدم العبد من الإجارة شيئاً ، ولم يترك غيره فإن رضي العبد أن يخدم مدة الإجارة لرغبته في عتق ثلثه ، فله ذلك ، ويعتق ثلثه ، ويخدم المدة ، ثم يباع ثلثاه على الورثة ، ولا كلام لمن استأجره ، وإن امتنع العبد من الخدمة ولم يرضَ المستأجر أن يخدم ما رق منه لاستحقاق بعض ما استأجر ، بيع من جميعه بقدر الإجارة ، وعتق ثلث ما بقي ، وبيع على الورثة ما بقي ، وإن رضي المستأجر أن يخدم ما رق منه ، فليبع من ثلثه قدرَ ثلث الإجارة ، وعتق ما بقي من ثلثه ، ويخدم المستأجر ثلثه ، فإذا تمت الإجارة بيع على الورثة ما رق لهم ، إلا أن يسلموا قبل ذلك فيبقى لهم ، قال اللخمي : الإسلام إما قبل التدبير ، أو بعده ، أو قبل الشراء ، والخلاف في الثلاثة ، فإن أسلم بعد التدبير ، قيل : يبقى مدبراً ،

---

(1) كذا ، ولعله : لأننا منعنا من بيعه .

(2) كذا ، ولعله : بيع المدبر .

وقيل : يباع ، وإن أسلم قبل التدبير لم يُبع قولاً واحداً ، وهل يواجر إلى موت سيده ، أو يعجل عتقه ؟ قولان ، والمسلم قبل الشراء والتدبير فيه ثلاثة أقوال : يمضى تدبيره ، يعجل عتقه ، يبطل الشراء نفسه ، وقال عبد الوهاب : إذا أسلم بعد التدبير ، يتخرّج فيه قول : انه يُباع ويُرفع ثمنه للنصراني كإسلام أم ولده ، لأن حريتها أقوى من المدبَّر ، قال ابن وهب : هذا صواب ، ويباع ، لأن العقد المتقدم كان بين كافريْن ، والعتق فيه حق لله ، وهبة لسيد العبد ، وهبة للكافر ، لا يلزم[1] الفروع حالة كفره بخلاف العتق البتل ، إذا حوز[1] نفسَه ، فإن الرجوعَ بعد الحوز تظالم ، ولذلك قال مالك مرة في أم ولد النصراني : إنها تباع ، ويتبع مكاتبه عبداً لا كتابة فيه ، والكتابة أبين ، لأنه جوزه[1] نفسه .

فرع

في **الكتاب** : إن ادعى أن سيده دبَّره أو كاتبَه لم يحلّف السيد إلا أن يقوم شاهد كالعتق .

فرع

قال ابن يونس : قال مالك : يجوز وطء المدبّرة والموصَى بعتقها ، لأنه لا يزيدها إلا خيراً فتصير تعتق من رأس المال ، ويمتنع في المكاتبة والمعتقة إلى أجَل ، والمعتقة بعضها ، والمخدمة ، والمشتركة ، لتزلزل الملك في الجميع ، وتوقع العتق في حياة السيد ، بخلاف غيرهن لا يعتقن[2] إلا بعد الوفاة ، وأم الولد لضعف الملك جداً ، ويجوز وطؤها لتأخر عتقها بعد الموت ، ويلاحظ فيهن شَبَهُ نكاح المتعة . لتوقع العتق في الحياة وإبطال الحوز في الخدمة ، ويرد عليه عتق المستأجرة .

فرع

في **المنتقى** : ولد المدبّرة بمنزلتها ، قال محمد : إن دبرها على أن وَلدَها رقيق

---

(1) كذا .

(2) بالنسخة : لا يعتق .

فهو بمنزلتها ، ويبطل الشرط ، كما لو قال :أنتِ حرة على أن ما تكسبه لي .

فرع

قال : إن دبَّره واستثنى ماله جوزَه مالك كالعتق ، ومنعه ابن كنانة ، وقال : يتبعه ماله ، كما يمنع من انتزاع مال مدبَّره عند موته ، قال ابن القاسم : وإذا استثناه في التدبير قُوّم بغير مال ، وحسب ما بيده من مال السيد فيقوم المدبَّر دونَها .

فرع

في المنتقى : إذا أخرج المدبر غيره خُيِّر سيِّدُه ، فإن أسلمه أسلم إليه خدمتَه ، لتعلق التدبير بالرقبة ، ويقاصّه من دَينه لخَراجه ، فإن أدى عند[1] سيده رجع لسيده مدبّراً ، وإن أفتكه سيده رجع أيضاً ، وإن جنت حامل على رجل : قال ابن القاسم : يخيَّر سيدها إذا وضعت ، فإن أسلمها بغَير ولدها ولم يؤدّ حتى مات سيدُها وخرجت هي وولدها من الثلث ، اتبعت بقية الأرش ، وإن ضاق الثلث عتق منها ومن وَلدها بالحِصَص ، ويتبع ما عتق منها بحصته من ذلك ، ويخير الورثة في إسلام ما رق منها أو فداه بما عليه ، وإن مات السيد مديناً بِيعَ منها ومن ولدها بقدر الدَّين ، ومنها خاصّة بقدر الجناية ، فإن كان مدبّراً فمات سيده ولا مال له غيره عتق ثلثه ، وقسم الجَرح أثلاثاً : ثلاثة على ما عتق ، والباقي على ما رق ، يخيّر الورثة فيه بين إعطاء ثلثي العقل وأمسكوا الثلثين ، أو أسلموه ، فإن كان على السيد دَين مع الجناية : بِيعَ من المدبَّر بقدر عَقل الجَرح وقَدر الدَّين ، ويبدأ بالعقل ، ثم الدَّين ، ثم يعتق ثلث الباقي ، ويرق ثلثاه للورثة لتعلق الجناية بعين العبد ، والدَّين بذمة السيد ، وإن كان في ثلث سيده ما يحمله عتق كلُّه ، وكانت الجناية دَيناً عليه ، وإن كان العقل ديته عت لة[2] إذا لم يكن على سيده دَين ، لأن تأثير الدين في بَيع المدبَّر أقوى من الجناية ، لأن الدين ليس له غير ذمة السيد ، وليس له غير العبد ، والجناية تتعلق بالرقبة تارة ، وبالذمة تارة ، وبالخدمة

---

(1) كذا ، ولعلها : عنه .

(2) كذا ، كلمة غير تامة ، ولعلها :عتق له .

تـارة ، فإن قَتَل سيدَه عمداً : ففي **الموازية** : لا يعتق في ثلث مال : ولا دية ، ويباع ، ولا يتبع بشيء ، لأنه استعجل ما أجَّله الله . فيؤخذ بنقيض قصده ، ولا يتبع لأن العبد فيما جنى أو أخطأ عُتق في المال دون الدية ، لأنه لا يعجل بقتل الخطأ ، فمنع الدية لوجوبها عليه ، وإن جَرح [1] جنيناً فأُسلم لسيده ، ثم مات وعليه دَين لا مال له غيره ، فقال الورثة : نسلمه [2] للمَجروح ، وقال صاحب الدين : أزيد على ذلك فهو أولى ، ويحط عن السيد قدر زيادة الغريم على دية الجرح ، فإن لم يرد لم يأخذ العبد ، والمجني عليه أولى به ، لأنه محل الجناية ، والدين في الذمة ، إلا أن يريد الغرماء فيعطى من ذلك الأرش للمجروح ويحط الزيادة عن السيد ، ويأخذ الغريم العبد ، وإذا جَرَحَ المدبّرُ وله مال ، وامتنع سيده من فدائه ، فللمجروح أخذ مال المدبَّر في جرحه ، فإن وفي بقي المدبَّر لسيده ، وإلا استعمل المدبَّر فيما [3] . وفي **الجواهر** : إذا أسلم خدمته ثم عَتَقَ من ثلث سيده ، قيل : لا يتبع بما بقي من أرش ، فإن جرحَ اثنين تحاصّا في خدمته ، فإن جرح واحداً فأُسلم إليه ، ثم جَرَح آخر تحاصًّا ببقية جناية الأول ، وحمله جناية الثاني ، بخلاف القِن لأنه يملكه المجني [4] عليه إذا أُسلم إليه ، وإذا جنى خُيِّر هذا الذي مَلَكَه كما خُيِّر الأول ، وفي المدبَّر يأخذ الخدمة أولاً فأولاً ، ولا يكون أولى [5] بالمستقبل ، وخرج الشيخ أبو القاسم المدبَّر على القِن فإن افتكَّه اختَصَّ بخدمته ، أو أسلمه بطَل حقُّه ، فإن جَنَى المدبَّر الصغير الذي لا يعمل : رَوى أشهب : لا يُسلَم حتى يبلغ الخِدمة ، لعدم الفائدة ، فإن مات قبلُ سَقَطت الجناية ، وكذلك المدبَّرة التي لا عمل عندها ، قيل : قد يموت سيدها أو يصيب مالاً ، وقال (ح): لا تُسلم خدمة المدبَّر كأم الولَد ، وعلى السيد الأقل من أَرش الجناية ، أو قيمة الرقبة ، وقال (ش) : يُسلمه لأنه عنده عتق إلى أجل ، وكل عتق إلى أجل متعين الوجود أم لا ، لَهُ الرجوعُ فيه . وفي

---

(1) بالنسخة : خرج .

(2) بالنسخة : سلمه .

(3) كذا وفي الكلام سقط .

(4) بالنسخة : المجتنى .

(5) بالنسخة :أولا .

الجلاب : إذا أسلم خدمتَه للمجني عليه فمات السيد وخرج من ثلثه ، عُتق وبقيت الجنايةُ في ذمته ، لأنه الجاني ، وقيل : لا شيء عليه ، لتوجه الجناية للخدمة أولاً دون الرقبة ، فلا يتغير متعلقها ، وإذا جنى على واحد بعد واحد ، يتخرّج فيه قول[1] إن عزا المجروح الأول في افتكاكه وإسلامه ، فإن أفتكه اختص بخدمته ، أو أسلمه بَطَلَ حقه من خدمته ، وإن جنى على سيده وبَطَلت خدمته بالتدبير ، واختدمه بالجناية ، وقامه[2] من أجرتها بأرشها ، قاله ابن القاسم ، وقيل : لا يضمن لسيده أرشَ جنايته ، لأنه لو فداه من أجنبي لم يتبعه بما فداه ، وإن خرج السيد مدبَّره لم يضمن له أرشَ جِراحه ، وإن قَتَلَه فلا ضمانَ عليه ، لأنه لو ضمن شيئاً لأخذه فلا فائدة فيه ، وإن قتل المدبَّرُ سيدَه عمداً بطل تدبيره لأنه أراد أن يعجل ما أجَّله الله فيؤاخذ بنقيض قصده كالوارث أو خطأً لم يبطل تدبيره .

فرع

في **الجواهر** : التدبير يرتفع بقتل السيد عمداً ، وباستغراق الدَّيْن له ، وللتركة ، وبمُجاوزة الثلث يرفع كمال الحرية .

تمهيد

خالفنا (ح) إذا مات السيد عليه دَين يغترقه ، قال : يستسعى للغرماء ، فإذا أعتق على قاعدته في المعتَق بعضُه . **لنا** : أن التدبير في معنى الوصية ، والدَّين مقدم عليها ، وإحالة الغرماء على سعاية قد لا يحصل مفسدة عليهم ، وإلزام العبد ما لم يجُز ظلم عليه ، وافقنا (ش) في حمل المدبَّرة إذا وضعته ، لأقلَّ من ستة أشهر بعد التدبير ، أنه يتبعها في العتق ، وإذا ملَّك السيد المدبَّرَ أمةً فوطئها فأتت بولَد فله قولان في ملكه بالتمليك ، فَعَلَى القول بعدم الملك ، الولد مِلك للسيد ، وإلا فالولد ملكه ، ولا يعتق عليه عبدُه ، لأن ملكه غير تام ، وله في تبقيته في التدبير

---

(1) كذا .

(2) كذا .

قولان ، بناء عَلَى أن العبد لا يتبعه ولده في الرق والحرية ، وإنما أمه ، وله في بيع ولد المدبَّرة من نكاح أو زنا قولان : **لنا** : القياس على أم الولد يتبعها ولدها من غير السيد عنده .

كتاب الكتابة

وفي **التنبيهات** : هي مشتقة من الأجَل المضروب ، والكتابة : الأجَل ، لقوله[1] تعالى : **﴿كُتِبَ عَلَيْكُمْ الصِّيامُ كَمَا كُتِبَ عَلَى الذِينَ من قَبْلِكُم﴾** أي التزمتم الصيام كما التزمه الذين من قبلكم و**﴿كَتَبَ[2] رَبُّكُمْ عَلَى نَفْسِهِ الرَّحْمَةَ﴾** والعبدُ ألزم نفسَه المال ، أو من الكتابة لا يقع[3] بمكتوب . ويقال في المصدر : كتاب ، وكتابة ، وكتب ، ومكاتبة . وقال غيره : من الضم ، ومنه سمي الجيش : كتيبة لضم بعضِه لبعض ، والنجوم يُضَم بعضُها لبعض ، وكانت العرب لا تعاني الحساب ، وتعرف الأوقات بطلوع النجوم ، فسميت الأوقاتُ نجوماً ، وكانت في الجاهلية فأقرها الإسلام .

وأصل جوازها : الكتاب ، والسنة ، والإجماع . فالكتاب : قوله[4] تعالى : **﴿وَالذِينَ يَبْتَغُونَ الكِتَابَ مِمَّا مَلَكَت أَيْمَانُكُمْ فَكَاتِبُوهُمْ إِنْ عَلِمْتُمْ فِيهِمْ خَيْراً﴾** والخير : قيل : الدِّين ، ليتخلصوا لطاعة الله تعالى ، وقيل : المال ، ليتم العقد . والسنة : قوله[5] ﷺ : (المُكاتَبُ عَبْدٌ مَا بَقِيَ عليه مِن كِتَابته دِرْهَمٌ) وأجمعت الأمة على جوازها .

---

(1) (البقرة : 183) .

(2) (الأنعام : 54) .

(3) كذا .

(4) (النور : 33) .

(5) رواه أبو داود رقم : 3926 والبيهقي في (السنن الكبرى 324/10) وغيرهما عن عمرو ابن شعيب عن أبيه عن جده ، وهو حديث حسن كما في (ارواء الغليل) رقم : 1674 .

النظر في أركانها وأحكامها

النظر الأول ، في الأركان ، وهي أربعة :

الركن الأول : الصيغة ، وفيه ستة فروع :

الأول ، في **الجواهر** : هي أن تقول : كاتبتُك على خمسين في نَجْم ، أو نَجمين فصاعداً ، كل نجم كذا ، وإن لم يقبل أن أديت[1] حرة ، قال **(ش)** : لا يجوز إلاَّ على نجميْن ، ولا يجوز نجم ولا الحالَّـة ، لما روي عن عثمان رضي الله عنه أنه غَضِبَ على عبده فقال : لا عاقبتُكَ ولا كاتبتُك على نجميْن ، فدل على أنه لا يجوز أقل من ذلك ولا يعاقبه[2] بالتضييق به ، وعن علي رضي الله عنه أنه قال : الكتابة على نجميْن ، والإتيان[3] من الثاني ، ووافقه ابن حنبل على منع الحالّ ، ووافقنا (ح) . **احتجوا** : بالأثر السابق ، ولأنه يعجز عن أدائه فينفسخ العَقد ، ويبطل المقصود فيمتنع ،كالسمك في الماء ، والطير في الهواء ، بخلاف بيعه من نفسه ، فإنه لا ينفسخ بالعجز : **والجواب عن الأثرين** : أما أثر عثمان رضي الله عنه ؛ فإنه يدل على أن ذلك تضييق على ذلك العبد لقصور قدرته على الحلول ، وأما أثر علي رضي الله عنه فهو إنما يدل على نفي الحلول بمفهومه لا بمنطوقه . وهو خرج مخرج الغالب ، فلا مفهوم له ، وأما التعجيز : فذلك غير لازم في جميع الصور ، فلا تحصل هذه الدعوى من هذا الدليل ، ويؤكد ما قلنا : القياسُ على البيع وسائر المعاوضات ، وبالقياس على ما أدى ، قال : أنت حر على مال ، وقال **(ش)** : كاتبتك على كذا ، ليس صريحاً ، فلا يعتق بالأداء حتى يقول السيد : نويتُ : إن أدَّى فهو حر ، لدَوران : كاتبتُك ، بين الكتابة ، ومخارجة العبد ، والكتابة بالقلم[4] ، فلا تنصرف لأحدهما إلا بالنية ، ووافقنا (ح). **والجواب** : أنه

---

(1) كذا .

(2) بالنسخة : ولا لعاقبه .

(3) كذا .

(4) بالنسخة : بالعلم .

مشتهر في العرف في الكتابة المخصوصة ، فتنصرف إليه من غير نية ، كالمخالعة ، تحتمل خلعَ الثياب وغيرِها ، وهي تنصرف لزوال العِصمة ، وإن لم يقل : إذا دفعتِ العوضَ فأنتِ طالق .

الثاني : في **الجواهر** :أنتَ حر على ألف ، قيل : يعتق في الحال ، والألف في ذمته ، لأن له انتزاع ماله وعتقه ، ولو باعه من نفسه صح وله الولاء ، وكذلك إن دَسَّ من اشتراه ، أو اشترط أن يوالي من شاء ،لأن السيد هو المعتِق ، فله أخذُ ماله من غير بيع .

الثالث : في **الكتاب** : إن اشترط أنه إن عجز عن نَجم ، رُق ،وإن لم يؤد نجومه إلى أجَل كذا فلا كتابة له ، لم يكن له تعجيزه بما شرطت ، ويعجز السلطان بعد أن يجتهد له في التلوم بعد الأجَل ،فإن رجاه وإلا[1] ، لأنك تُتّهم في تعجيزه والغطاعة[2] كذلك ، قال ابن يونس :قال بعض فقهائنا : إن شرطت عليه : إن شرب خمراً أو نحوَه فهو مردود للرق ،فَفَعَل ، لا يرده في الرق ، بخلاف العتق إلى أجَل ، فيشترط عليه : إن أَبَق فلا حرية له ، والفرق : أن الثاني ضرر عليك .

الرابع : إن شرطت وطئها مدة الكتابة ، بَطَل الشرط دون الكتابة ،كما لو أعتقها إلى أجَل ، على أن يطأها ، وقال **(ش)** و**(ح)** : الكتابة فاسدة لمناقضته له ، لأن شأن الكتابة حوز النفس . **وجوابه** : أن ذلك اشترط منفعة من منافعها ، وذلك لا يناقض العقد ،كما لو شرَط أن يزوجها من غُلامها ، ويستخدمها ، أو شرط : أيّما وَلَدت في كتابتها رُق لَك ، لأنها لا تنفسخ بالغَرَر كما تنفسخ بالبيع إذا شَرَط وطئاً ، قال ابن يونس : ويكون الولد المشترط تبعاً لأمه ، ولا يجوز استثناء ما في بطنها وييبعها[3] ، وعن مالك في هذا كله : تفسخ الكتابة إلا أن يرضى السيد بإسقاط الشرط ، وقال أشهب : تنفسخ ولو بقي منها درهم ، إلا أن

---

(1) بالنسخة : ولا عجز .

(2) كذا ، ولعلها : وانقطاعه .

(3) كذا ، ولعلها : وبيعها .

يرضى السيد بإسقاط الشرط ، فإن لم يعلم بها حتى أدَّى المكاتب ، تَبِعها الولد ، وقال محمد : إذا أدى ولو نجماً بَطَل الشرط ، وصحت الكتابة ، وقيل ذلك يُخَير السيد بين إبطال الشرط والكتابة ، قال ابن القاسم وأشهب : لو كان الشرط من المكاتب : إن مات له زوجته ، وهي أمة السيد وهو معه في الكتابة ، فذلك جائز ، فإن باعها السيد أو وَهبَها ، لم يدخل ما تلد بعد ذلك في الكتابة ، قال محمد : وإن كاتب السيد امرأتَه على حدث ، سَقَط شرط الزوجِ في وَلَدها المولود بعد كتابتها ، ويعتق الولد مع أولهما عِتقاً ، ويسعى معهما معونةً لهما ، ويرث من مات من أبويه قبل العتق ، وإذا أعتق مع أولهما لم يبقَ له مع الثاني سعاية ولا موارثة ، وما ولدته بعد إسقاط الشرط ففي كتابتها خاصة .

الخامس ، في **الكتاب** : إن كاتبَه على خيار أحدِكما شَهراً أو يومًا ،كان كالبيع ، وبالأولى لأنها مبنية على المسامحة ، وما ولدت في الخيار دخل في كتابتها إن أمضاها مَن له الخيار ، وإن كرهت يدخل في البيع مَا وَلدت المبيعة في الخيار ، وولد المكاتبة في الخيار أبين ، وقال غيره : لا تدخل ، لأنه لم تتم الكتابة إلا بعد الولادة ، وكذلك الولد في البيع للبائع ، ولا ينبغي للمبتاع أن يختار الشراء للتفرقة ، قال ابن يونس ، قال أشهب : الولد للسيد ، ولا يدخل في الكتابة ، وكذلك أرش جنايتها ، وما وهب لها ، والولد في بيع الخيار للبائع ، ولا ينبغي للمشتري أن يختار البيع للتفرقة ، فإن فعل فإما أن يضم المشتري الولَد إلى أمه ، أو يأخذ البائع الأم فيجمعان في حَوز أحدِهما ، وإلا نقضت البيع ، قال ابن القاسم : الهبة والصدقة في أيام الخيار للبائع ، بخلاف الولد ، وهو رجوع لأشْهب يرى في الخيار أن العَقد يومَ وَقَع الاختيار ، وابن القاسم يَرى أن الإختيار مضى للعقد الأول ، فكأنه لم يزل منعقداً ، والفرق عنده بين الهبة والولد : أن مال العبد للبائع ، فحمل ما طرأ له للبائع ، والولد لم يكن له ، قال ابن القاسم : أُرش مَا جَنَى عليهما في أيام الخيار ، وفي عُهدة الثلاث للبائع ، لأنها في ضَمانه ، وعليه نفقتُها ، قال اللخمي : يجوز الخيار وإن بعُد ، وهو عند ابن القاسم بخلاف البيع ، لأن الخوف في البيع من بيع معيّن ، فتأخر ضمانُه على البائع ، فيزيد في الثمن لمكان

الضمان ، وفي الكتابة : الضمانُ من السيد قبل الكتابة وبعدها ، وليس للسيد انتزاعُ ماله في زمن الخيار ، بل الخيار في العقل والمال أربعة : متقدم لا ينزع إلا أن يريد الكتابة ، أو حدث من خراجه محمل يده فينتن[1] ، أو حدث من غَلة ثالث[1] بجبلته أو عبيده ، فلا ينتزعه ، واختلف في الهبة والصدقة قال : وأراهما للسيد إلا أن يقصد الدافعُ العونَ في الكتابة ، وإن لم يَمض الكتابةَ مَن له الخيار ، فللواهب والمتصدق ردُّه .

السادس ، في **المنتقى** : إذا شرط عليه أن لا يسافِر ، صحَّ العقدُ والشرط ، وأبطل (ح) الشرطَ دون العقد ، وجعل له السفر ، وعندنا : يمنع من سفر بعيد ، يحل فيه نجمٌ إلا بإذن سيّده ، وهو سوى بين السفَرْين ، وعند **(ش)** في السفر والشرط قولان . **لنا** : قوله[2] ﷺ : **(المُكَاتَب عَبْدٌ ما بقيَ عَليه شيْء)** والعبدُ لا يسَافِرُ إلا بإذن سَيّده ، والتقوى قبل الكتابة على ذلك ، والأصل : بقاؤه ، ولأن السفرَ غرر وخطر ، وربما أتلف أمواله فيه ، أو حلت الكتابة له . **احتجوا** : بأنه مَالِك التصرف فيما يتوصل به إلى الأداء ، ومنه السفر . **وجوابُه** : أن الملك[3] السيد ، والغالب أنه لم يملكه الخَطَر بشهادة العادة .

تفريع

إن شرط أَن لا يُسافَر ، ولا ينكح ، ولا يخرج من أرضه إلا بإذنه ، فإن فَعَلَ فَله إبطال كتابته ، قال مالك : إبطالها إن فعل ، ويرفعه للسلطان ، وليس له أن يفعل ذلك إلا بإذنك ، شرطه عليه أم لا ،لأنه قد يضيع ماله في الصداق وغيره ، وكذلك لو شرطت وَلاءه لغيرك ، بَطَل الشرط دون العقد ، والرفع للسلطان لينظر : هل لك منعُه من ذلك أم لا ؟ لا تنفسخ الكتابة ولا يتزوج المكاتب إلا بإذن سيده ، وقاله **(ش)** ، ولك إجازتُه وفسخه كالقِن ، والزوجة بعد الدخول بما استحل به ، وهو ربُّع

---

(1) كذا وفي الكلام غموض .

(2) تقدم تخريجه .

(3) كذا ، ولعلها : المملّك .

دينار ، فإن أديت له ومَعه غيرُه في الكتابة ؛ قال أشهب : ليس لك إجازة ذلك إلا بإجازة مَن معه ، إلا أن يكونوا صغاراً ، فيفسخ بكل حال .

الركن الثاني : العوض ، وفي **الجواهر** : شرطُه أن يكون دَيناً منجَّماً ومؤجلاً ، قال ابن القصَّار في تعليقه : التأجيلُ والتنجيمُ ظاهرُ قول مالك وشيوخنا ، وقال القاضي في **الإشراف** : ليس عن مالك نص صريح في الحالَّة ، وأصحابه يجيزونها ، وهُو وأصحابُنا ، جَوزوا الحالَّة ، وقاله (ح) ، وقال (ش) : لا بد من نجميْن ، وتقدم البحث في الركن الأول .

وفي الركن سبعة فروع :

الأول ، في **الكتاب** : يجوز على وصف حمران[1] أو سُودان من غير وصفهم ، وله الوسَط من ذلك الجنس ، كالنكاح ، ووافقنا (ح) وابنُ حنبل ، وقال (ش) : لا بُد من ذكر أوصافِ السلم[2] . **لنا** : أن العتق معنًى لا يلحقه الفسخ ، فجاز أن يكون العبد المطلَق عرضاً كالغُرة . **احتجوا** : بالقياس على البيع والإجارة . **وجوابه** : الفرق بأن الكتابة مبنية على المسامحة ، لأنه بيع ماله بماله ، ومقصودها المهم : العتق ، فلا يضر الغرر في المالية ، بخلاف البيع ، مقصوده : المالية والمكايسة ، وفي **الكتاب** : إن أوصى أن يكاتب عبدٌ كوتب بكتابة مثله في أدائه ، وإن كاتبهُ على قيمته جاز ، وينجَّم عليه الوسَطُ من قيمته ، ومَنعه (ح) للجهالة . **لنا** : القياس على الوصف ، أو لأنها معلومة غالباً ، ويجوز على عبد فلان ، بخلاف النكاح ، لأنه لا يجوز خلوه عن العوض ، بخلاف العتق ، ويمتنع عَلَى لؤلؤ غيرِ موصوف لتفاوُت الإحاطة بصفته . في **التنبيهات** : قيل : قوله : في اللؤلؤا، مخالف لجواز السَّلَم فيه ، والفرق : أنه في السَّـلَم يوصف ، وها هنا غير موصوف فيتعذر ضبطُ وسَطه لاختلاف أجناس وسَطه وأيسرُ تفاوتِه عظيم ، بخلاف الوصْف ، أو سوى غيره بينهما ، واتفق جماعة منهم إذا لم يسم عدد

---

(1) بالنسخة : علي وصف حمران او سواداان .

(2) كذا .

اللؤلؤ أو وزن جملته امتنعت الكتابة ، واختلفوا إذا لم يسم عدد الوصف ، فقيل : تمتنع الكتابة ، وقيل : تجوز ، وله كتابة مثله وصفاً ، قال ابن يونس : إن لم يصف الجنس وفي البلد سُودَان وحُمران من غير غلبة أحدهما : أُعطى النصف من كل جنس كالنكاح ، قال بعض أصحابنا : إذا لم يذكر عدة الوصف ، فله عليه كتابةُ مثله وصفاً ما لم ينقصْ عن وصفيْن ، وكذلك قول غيره في اللؤلؤ ما لم ينقص عن لؤلؤتَيْن ، وجعله مثلَ ما إذا أوصى أن يكاتب ولم يسمّ ما يكاتب به ، وقيل : لا يجوز ذلك في الصحة ، ويجوز في الوصية لتعذر مراجعة الميت في إرادته . وفي **الكتاب** : إن كاتبه على ألف درهم ولم يذكر أجَلاً ، نُجّمت عليه ، وشأن الكتابة : التأجيل ، وكذلك إن أوصى أن يكاتب بألف درهم ولم يضرب أجلاً . ومن هاهنا : قيل : إن ظاهر المذهب : منع الكتابة الحالّة ، قال سحنون : وإن كاتبه على عبد فُلان ، ولم يصل إليه ، فعليه قيمته ، ومنعه أشهب للخَطَر ، وتفسخ الكتابة ، قال محمد : وإن لم يشترط وَدَّى قيمتَه ولا يفسخ ، وقال ابن ميسر : لا يتم له شيء إلا بعبد فلان ، كما قال ابن القاسم ، إذا كاتبه على عبد آبِق ، أو بعير شارد ، ولم يأت به ، فقد عجز ، قال اللخمي ، وكره أشهب البعير الشارد ونحوَه ، وقول ابن القاسم أحسن ، لأن له انتزاع ذلك منه بغير عتق ، فإذا أعتقه عليه فقد تفضل عليه ، وجوزها ابن القاسم على إتيانه بعبده الآبق ، لأن له إجباره على طلبه ، ويجوز : على أن يغرس أرضَه وَدْياً ، فإذا بلَغَت فهو حر ، واختلف في هذا الأصل ، هل هي كتابة فتثبت عند الفلَس والموت ، أو عدة فتبطل ؟ قولان لابن القاسم ، ومنه : تربية البقر حتى تصير عددَ كذا ، وإذا كاتبه بقيمته قُوِّم بالحالّ ، لأنه أصل القيَم ، ثم ينجم وإن سمى[1] النجوم ولم يسلم ما يؤدي فيها ، جُعل عليه ما يستطيعه .

الثاني ، في **الكتاب** : إن أعتق بإداء العبد الموصوف فَوُجد مَعيباً ، رده واتّبعه بمثله ، ولا يُرد العتق ، وكذلك النكاح ، لأن العبد في الذمة ، وإن كاتبه على طعام

(1) بالنسخة :وان سم .

مؤجل فله مصالحتُه على دراهم معجّلة ، ولا يبيعه من أجنبي ، لأنه بيع الطعام قبل قَبضه ، ويجوز فسخُ العين أو العرض حَل أم لا ، في عَرض نقداً أو مؤجلاً مخالفاً للعرض الذي عليه ، أو من صنفه ، بخلاف البيوع ، لأنه فسخ دَين في دَين ، ولا تبعْه من أجنبي إلا بثمن معجّل ، ويجوز أن يضع عنه ويتعجَّل ، أو يؤخر ويزيدك ، وتفسخ الدنانير في دراهم إلى أجَل ، ويعجل عتقه لأنها ليست بدَين ثابت ، لأنه لا يحاص بها في الفلس ولا الموت ، إنما هي كمن قال : إن جئتَني بكذا فأنتَ حر ، ثم قال : إن جئتَني بأقلّ ، فأنت حر ، ولك مقاطعتُه بما عليه في عَمل يعمَله ، أو حفر بئر طولها كذا .

فائدة : في **التنبيهات** : القَطاعة بفتح القاف وكسرها ، لأنه قطع طلب سيده عنه بما أعطاه ، أو قطع له بتمام حرّيّته بذلك ، أو قطع بعض ما كان له عنده ، وجوزها مالك بما[1] يجوز بينك وبين غريمك ، عجلتَ العتق بذلك القبض ، أو أخرتَه بتأخير بعضه ، عجّل قبض ما قاطع عليه أو أخّره ، ومنعها سحنون إلا ما يجوز بينك وبين غريمك الأجنبي ، وقاله (ش) قياساً على البيع .

فائدة : الفَعالة بفتح الفاء : السجايا الخَلِقيَة[2] ، كالشجاعة والفسالة ، والنجابة ، وبكسرها : الصنائع ، كالنجارة والخياطة والصياغة ، وبضمها : لما يُطرح : كالنّخالة ، والفصالة ، والنحالة[3] ، والزبالة ، وهذه الإستعمالات لغة لكثرته غير مطردة ، والقطاعة : هي بيع الكتابة بشيء آخر فهي نحوٌ من الصناعة والتجارة ، فالكسر فيها أنْسَب ، قال ابن يونس : قال سحنون : إذا كانت القطاعة يعملها سيده امتنع ، لأن كل خِدمة تبقى بعد عتقه فهي ساقطة ، وإن كانت عليه ديناً عاش أو مات جازت ، تعجل العتق وإلا امتنع ، وكان ديناً بِدَين ، وقد كره مالك الربا بين العبد وسيده ، قال ابن القاسم : وإذا أحَل لَكَ مكاتِبُك بالكتابة على مكاتِب له ، وله عليه

(1) بالنسخة : بما لا يجوز .

(2) بالنسخة : الخليقة .

(3) بالنسخة : والنحالة ،والربالة .

مثلُ ما على الأعلا ، امتنع ، إلا أن يثبت[1] أخت عتق الأعلا ، فإن عجز الأسفلُ كان رقّاً لك ، ولا يرجع على المكاتب الأعلا بشيء ، لأن الحوالة كالبيع وقد تمت حرمته ، ومنع ابن القاسم الحمالة بالكتابة إلاَّ عَلَى تعجيل العتق ، وأما الحوالة على من لا دَين له قِبَله فيمتنع ، لأنها حمالة ، أو على مَن له عليه دَين حالٌ أو لم يحِل جاز إن حَلت الكتابة ، ويعتق مكانَه ، وكذلك إن حل عليه نَجم ، ويبرأ[2] من ذلك النجم ، وإن كان آخرَ نجومه عُتق مكانَه ، وإن لم يحِل النَّجم لم يحل امتنعت الحوالة ، وإن حَلَّ الدَّين ، لأنه فسخ دَينٍ لَم يَحِل في دَيْن حَالّ أو لم يحل ، وكره مالك بيعَ الكتابة من أجنبي بعَرض أو غيره إلى أَجَل ، لأنه دَين بدَين ، وَوَسَّع فيه بينك وبين مكاتبك ، وجوز أشهب الحَوالة وإن لم تحِل الكتابة ، ويعتق مكانَه ، لأنها ليست بدَين ثابت ، وكأنه عجل عتقه على دراهم نقد ، ومؤجلة ، والكتابة دنانير لم تحل ، فمن قال : إن جئتَني بِدراهم فأنتَ حُـر ، ثم قال : إن جئتَني بعشرة دنانير فأنت حر ، وإنما كرههُ ابن القاسم فيما لا تعتق به كله مكانه[3] .

الثالث : **في الكتاب** : إن كاتبه على خدمة شهر جاز عند أشهب ، ولا يعتق حتى يخدم شهراً لأنه ظاهر الشرط ، وقال ابن القاسم : إن عجل عتقه على خدمة شهر بعد العتق بَطَلت الخدمة ، وهو حر ، لأنه استثنى من الحرية الخدمة ، والحرية لا يستثنى منها ، وكما لو قال على أن[4] أطال ، وإن أعتقه بعد الخدمة ، لزمت العبدَ الخدمة لوقوعها في زمن الرق ، وكل خدمة اشترطها بعد أداء الكتابة بَطَلت ، أو في كتابة فأدى الكتابة قبلَ تمامها سَقَطت ، في **النُّكَت** : قال[5] بعض شيوخنا : إذا كاتبه على خدمة شهر لا يختلف ابن القاسم وأشهب إلا في وجه واحد : إذا عجل قيمة الخدمة فيتعجل عتقه عند أشهب ،كتعجيل الكتابة ، ولا

(1) كذا ، ولعله :إلا أن تثبت أنت عتق . . .

(2) بالنسخة :ويبري .

(3) في الكلام قبله نقص .

(4) كذا .

(5) بالنسخة : قاله .

يتعجل عند ابن القاسم ، قال بعض شيوخنا : والمكاتب إلى مدة يخدمها معلومةٍ : له حكم المكاتب ، لأن المعتَق إلى أجَل[1] لإشعارِ لفظِ الكتابة بإرادة السيد لذلك ، فيحوز[2] مالَه ، وينفق عليه نفسه ، وقوله : إذا عجل الكتابة سَقَطت الخدمة : إنما يَصِح في الخدمة اليسيرة ، لأنها في حيز التبَع ، فإن كان الأقل مالاً والأكثر خدمةً فلا . قال ابن يونس : إذا ادَّان ، له حكم المكاتب لا المعتَقِ إلى أجَل ، ينبغي أن يكون له التعجيل قيمة الخدمة ، وإنما يمتنع إذا قال : اخدمني شهراً وأنت حر ، لأنه معتق إلى أجَل ، قال مالك : وإن كاتبه وشَرط عليه أسفاراً وضحايا ، فأدى الكتابة وعجل الضحايا ، عتق وسقَطت الأسفار ، وعنه : إذا لم تحل الضحايا ، وعجل قيمتَها عتق ، والقيمة على أنها حالَّة ، وعن ابن القاسم : إن شرط عليه خدمة أربعة أيام كل أسبوع مدةَ الكتابة فقط ، والأضحية[3] ما عاش لزمه ، فإن أدى الكتابة قبل محلها أو بعده ، سقطت الخدمة ، ويعمر المكاتب ، وتؤدي قيمة الضحايا في تعميره معجلة ، ولا يعتق حتى يؤديها ، قاله مالك ، وقال ابن القاسم : يؤدي القيمة حالّةً إلى أجَلها ، قال ابن القاسم : وإن شرط أن لا يخرج من خدمته حتى يؤدي لا يفسخ بذلك ، ولزم الشرط ، قال محمد : سقطت الخدمة إذا بقيت بعد الأسفار ، لأنها بقيت من الرِقّ ، وقد أمر الشرع بتكميل العتق على معتَق بعضه ، حتى لا يبقى فيه شيء من الرق ، إلا أن يشترط العتق بعد أداء الخدمة والأسفار ، فيلزمه ولا يعتق حتى يفعل ذلك أو يعجل قيمتَه ، وعن مالك : ابْنِ لي هذه الدارَ وأنت حر ، فمرض ، فله أن يأتي بِمَن يَبني وإن كره السيد ، قال أحمد ابن ميسر : هذا في العمَل المفهوم كالبناء بخلاف الخدمة ، إلا أن يرضى السيد ، لأنه معتَق إلى أجل . قال ابن يونس : التفرقة التي في الثلث بين الخدمة اليسيرة وغيرها : مخالفة للتعليل محمل[4] ببقاء الرق ، فإن الرق يكمل

---

(1) كذا .

(2) بالنسخة : فيجوز .

(3) بالنسخة :ولاصحية .

(4) كذا .

حريته ، وإن بقي الأكثر ، قال اللخمي : إن كاتبه على خدمة هذا الشهر فمَرِضَ أو أَبق ؛ لم يعتق بخلاف المعتَق إلى أجَل ، لأنه مكاتب لم يؤد ما عليه ، فإن أعطى قيمة ذلك الشهر عتق استحساناً ، وإن قال : علي خدمة شهر فمرض بعد العَقد شهراً على سُنة الكتابة ، فإن اعترف أنه أراد تعجيل العتق عتق وسَقَطت الخدمة ، وفي **الموازية** : إذا اشترط مع المال أسفاراً فأَدى ، لا يُعطيه مكان الأسفار شيئاً ، وعلى هذا يعطيه قيمة الخدمة .

الرابع ، في **الكتاب** : إن كاتب على ألف ، على أنه إذا أَدى وعتق فعليه مائة ، جاز ، كمن أعتقه على أن عليه مائة ، قال ابن يونس : قال محمد : وسعه بالمال ، ولا يحاص به الغرماء ، قال سحنون : قول مالك : أنت حر ، وعليك ، أو أنت حر على أن عليك ، سواء ، وهو حر وعليه ما سمي ، وقال ابن القاسم : يخير العبد في : على أن عليك في العتق والإتباع بذلك أو يبقى رقاً .

الخامس ، في **المقدمات** : يمتنع بالغَرَر والمجهول إلا أن يستَخف ، فإن كان حقهما أو حق السيد نحو الكتابة إلى موت فلان بكذا ، أو إلى أجَل معلوم بالشارِدِ والآبِق ، أو جنينٍ في بطن أمه لفلان ، فيمتنع اتفاقاً ، أو في حق المكاتب خاصةً كالمكاتبة إلى أجَل معلوم على عبد فلان ، أو يأتيه بعبده الآبق ، أو : إنْ بَلَغت البقراتُ كذا إلى أجَل كذا فقولان : الجواز لابن القاسم ، والمنع لأشهب ، وأما إن كان الآبِق للعبد وبدأ إليه منه الآن ، فهو حر ، والآبق للسيد ، وجده أم لا ، لأنه أعتقه وانتزعه منه .

السادس ، قال البصري في تعليقه : إذا كاتبه على ميتة ، أو موقوذة ودفع العبد ذلك ، رجع السيد عليه بالقيمة ،كما يقوله في الخمر والخنزير ، وقاله (ش) قياساً على الخمر والخنزير ، وكالخلع والنكاح ، وقال (ح) : لا يرجع في الميتة لأنها شرط لا عوض ، لعدم قبولها للعوض ، بخلاف الميتة والخنزير ، له ماله عند الذمة .

السابع ، قال : إذا وجد العوض مَعيباً وليس معه مالُه ، رد عتقه ، وقاله

(ش) ، وقال (ح) : لا يرد . **لنا** : أن العِوض لم يحصل فلا يعتق ، كما إذا كاتبه على عِوض فلم يؤده . **احتجوا** : بأنا قد حكمنا بالعوض فلا يرد ، **جوابه** : حكمنا به ظاهراً لا باطناً فيرد كما لو حكمنا ثم ظهر كذب البينة . في **الجواهر** : إن كاتبه على أن يشتري منه شيئاً بنصف الكتابة : لم يلزمه الشراء ، وإن كاتبه وباع شيئاً على عوض واحد دفعة واحدة صحَّ ولزم البيع ، والكتابةُ كالبيع والإجارَة .

الركن الثالث : المكاتب ، وفي **الجواهر** : شرطه أن يكون مكلَّفاً ، أهلاً للتصرف ، لأنها عقد . ولا يشترط أهلية التبرع ، لأنه لم يتعيَّن ، بل ربما أخذ أضعافَ قيمة العبد وهو الغالب .

وفي **الركن** ستة فروع :

الأول : في **الكتاب** : إذا كاتب الشريكان معاً امتنعت مقاطعة أحدهما على حصته إلا بإذن شريكه ، لأنه تصرف في المال المشترَك ، فإن أذن له فقَاطَعه من عشرين مؤجلة في حصته على عشرة معجلة ، ثم عجز المكاتب قبل أن يقبض هذا مثلَ ما أخذ المقاطع ، خُير المقاطع بين أن يؤدي لشريكه ما أخذ ويبقى العبد بينهما ، أو يسلم حصته من العبد إليه رقيقاً ، وإن مات المكاتب عن مال فللآخر أن يأخذ منه جميعَ ما بقي له من الكتابة بغير حَطيطة ، حلت أم لا ، لأن الموت يوجب الحلول والمالك مالُه بينهما على قدر حصتهما في المكاتبة لأنه مات رقيقاً ، وإن حل نجم فقال : آتوني به وخذ المستقبل ففَعل ، ثم عجز عن النجم الثاني رددتَ نصف ما قبضتَ ، لأنه سلف منه لك ويبقى العبد بينكما ، ولا خيار للمقتضي ، بخلاف القطاعة ، وهو كالمال منجَّم ، بدأ أحدهما بنجم على أن يأخذ الآخر النجم الثاني ، ففلس الغريم في الثاني ، رجع على صاحبه ، وإن أخذ أحدهما من المكاتب جميعَ حقه بعد محله بإذن صاحبه ، وأخذه صاحبه ، ثم عجز المكاتب ، فَلاَ رُجوع للذي أخره على المقتضي ، ويعود العبد بينهما ، كقبض أحدهما من غريمهما حظه بعد محله ، وأخذه الآخر ، ثم فلس الغريم ، فَلاَ رُجُوعَ على المقتضي بشيء ، لأنه لم يسلفه شيئاً ، بل أغر غريمه ، وإن تعجل أحدُهما جميعَ حقه من النجوم قبل محله بإذن شريكه ، ثم عجز المكاتب عن نصيب

شريكه ، فهذا يشبه القطاعة ، وقيل: كالقطاعة ، ويعد ذلك سَلَفاً من المكاتب المعجّـل ، والقطاعة التي أذن فيها أحدهما لصاحبه كالبيع ، لأنه با ع حَظه على ما تعجل منه ، ورأى أنَّ ما قبض أفضل له من حظه في العبد إن عجز ، قال ربيعة : قطاعة الشريك بخلاف عتقه لنصيبه ، بل كشراء العبد نفسه . في **التنبيهات** : إنما قال في المقاطع بإذن شريكه إن أحب أن يرد ما أخذ ، ويكون العبد بينهما قائماً يرد ما أخذ حتى يتساوَى مع الذي لم يقاطع ، ولو كان الآخَر قَبض أقل مما قاطع الآخر ، فإنه يرد عليه بقَدر ما يشتري معه ، وهو نصف ما فضل به . في **النُكت** : إذا قاطعه بإذن شريكه ، ثم قبل المكاتب قبل أن يؤدي الشريك الآخر ، فهو مثل عجزه لا كموته ، لأن القيمة المأخوذة من القاتل عوض من رقبته ، فإن حصل من قِيمَته مثلَ ما قبضه المقاطع ، فلا مقام لمن يقاطع ، أو أقل أو أكثر ، فهو كما قاله في **الكتاب** في عجزه ، قال ابن يونس : قال محمد : إن قَاطَعه على عَرض أو حيوان من العشرين التي له نُظر إلى قيمة ذلك نقداً يومَ قبضه، ثم رد فضلاً إن كان وأخذ حصَّته من العبَد ، وإن قاطعه على مِثلِيّ رد مثله، ورد الآخر كل ما قبض يكون بينهما نصفين مع رقبة العبد ، إلا أن يشاء أن يتماسك بما قاطعه به ، ويسلم حصته ، وإذا قاطعه بإذن شريكه فاقتضى المتمسك أكثر مما أخذ المقاطع أو مثله ، ثم عجز المكاتب لم يرجع المقاطع على المستمسك بشيء مما عنده من الفضل ، ولو لم يأخذ المقاطع جميعَ ما قَاطَعه عليه حتى مات ، ولم يترك إلا أقلَّ مما بقي عليه من الكتابة تَحاصًّا فيه جميعاً بما بقي من القطاعة والكتابة ، فإن لم يقبض المقاطع شيئاً ، وقبض الذي لم يقاطع ، ثم عجز قبل أن قبض الذي لم يقاطع عند حلول كلّ نَجم ، فلا رجوعَ للمقاطع عليه ، لأنه رضي بتأخير المكاتب ، وتَرَكَ لصاحبه ما أخذ ، وإن تَعجل قبلَ الحلول ، أَخَذ المقاطع نصف ما اقتضى ، قال ابن يونس : وأرى إن اقتضى نَجماً مما حَلَّ عليه فللمقاطع محاصتُه فيه بقدر ما قاطعه ، والمتمسك بقدر النجم المحال ، لأنه حلّ لهما فيتحاصان[1] فيه بقدر ما حَل لكل واحد ، وإن عجله قبلَ محله فللمقاطع أن يأخذَ منه قدرَ ما قاطعه عليه ، وما

---

(1) بالنسخة : فتحصان .

فضل للمتمسك ، لأن حق المقاطع قد حَل وحق الآخذ لم يحِل ، فتعجيله هبة ، للمقاطع رده ، وهذا إذا لم يكن له مال غيره ، ولا أخذ المقاطع منه حقه ، وتَمّ للآخر ما عجل له ، فإن قاطعه بغير إذن شريكه وعلم بذلك قبلَ عجز المكاتب وموته ، ما قبضه المقاطع بينهما ، إلا أن يسلمه له شريكه ، ويتمسك بالكتابة ، فيصير كأنه قاطعه بإذنه ، فإن لم يرض فله نصف ما أخذ المقاطع ، لأن العبد وماله بينهما ، فليس لِأحدهما أن يأخذ منه شيئاً إلا بإذنِ شريكه ، ولذلك امتنعت[1] المقاطعة إلا بإذنه ، قال محمد : فإن قاطعه بغير إذن شريكه ، ثم عجز المكاتب أو مات وقد استوفى المتمسك مثل ما أخذ المقاطع ، أو ترك الميت ما يأخذ الآخرُ منه ، ما بقي له ، أو مثل ما أخذ فلا حجة للمتمسك ، قاله ابن القاسم وأشهب ، واختلف إذا عجز وَلم يأخذ المتمسك إلا أقل مما أخذ المقاطع ، فخَيَّر ابنُ القاسم المتمسك بين الرجوع على البائع بنصف ما فضله به ويكون العبدُ بينهما ، أو يتماسك بالعبد ، ولا يكون للمقاطع نصف ردّ الفضل وأخذ نصيبه في العبد ، بخلاف المقاطع بإذن شريكه ، ورواه عن مالك ، وقال أشهب : إذا تماسك هذا بالعبد رَجَعَ الخيار لمقاطعه فلَه ردُّ نصف الفضل ، وَلَه نصفُ العبد ، قال مالك : إن قاطع المكاتب أحدَهما على نصف نصيبه على مائة ،والمكاتبةُ ثمانُمائة ، وأبقى الربع الآخر مكاتباً بإذن شريكه ، جاز ، فإن عجز قبل أن يستوفي المتمسكُ شيئاً : خيرالمقاطعُ بين رد نصف ما قاطع به على شريكه ، ويبقى العبد بينهما ، ويبقى له ربع العَبد ،وللآخر ثلاثةُ أرباعه ، فإن قبض منه المتمسك مثلَ ما أخذ المقاطع وذلك مائة – خُيِّر المقاطع في عجزه بين سلامة ما أخذ المتمسك وله نصف العبد ، ويأخذ ثلث المائة ، وله ربع العبد ، وللآخر ثلاثةُ أرباعه ، وكذلك إن قبض المتمسك مائتين فللمقاطع ثلثُها وربع العبد ، ويأخذ خَمسين نصف ما فضله به فيستويان في الأخذ ، ويكون العبد بينهما نصفين ، فإن قبض المتمسكُ ثَلاثَمائة ، أخذ منه المقاطع ما بقي لهما من العبد مكاتباً ، وبقي العبد بينهما نصفيْن لاستوائِهما في الأخذ ، وإنما خُيِّر المقاطع إذا قبض مائتين فأقل ، لأنه لم يقبض غيرَ ما

(1) بالنسخة : امتنع .

قاطع عليه ، وحقه أن يأخذ الثلث مِن كل ما يقتضي ، لأن له ربع العبد المكاتب ، ولشريكه نصفه ، فإن شاء أخذ ذلك وله التمسك بما قبض ، وله ربع العبد ، أو يرد ما فضل به صاحبه ، ويكون له نصف العبد ، قاله محمد ، قال ابن يونس : ينبغي إذا عَجز قَبل أن يستوفي المتمسك أن يُخيّر المقاطع لشريكه[1] نصف ما فضله به ، ويبقى العبد بينهما ، أو يبقى له ثلث العبد ، وللآخر ثُلُثاهُ ، لأنه ابقى ربع العبد مكاتباً ، وللآخر نصفه مكاتباً ،فله مثل مَا لَه ، فيكون بينهما أثلاثاً ، كما لو كان من ثلثة[2] لواحد نصفه ، وللآخر الربع فيقاطعه صاحب الربع بإذن شريكه ،ثم عجز العبد قبل قبض المتمسك شيئاً ، خُيِّر المقاطع بين أن يدفع لشريكه ما فضلهما به ، ويبقى العبد بينهما كما كان ، أو يبقَى العبدُ بين شريكه أثلاثاً : لصاحب الربع ثلثه ، ولصاحب النصف ثلثاه ، وكذلك إن كان بينهما ، فقاطع أحدهما نصف نصيبه ، لأن المقاطع لما رضي بما قاطعه به فقد سلم ذلك الربيع لشريكه ، لأنه أخذ عوضه ، قال محمد : فإن قاطعه أحدُهما بإذن شريكه منَ الأربعمائة حصته على مائة ، ثم زاد الآخر في النجوم على أن يزيده المكاتب على حصته مائةً ، ورضي شريكه جاز ولا يجوز على ما بيّن سحنون ، لأنه لم يتعجّل عتقَه ، قال محمد : فإن عجز قبل أن يأخذ المزاد شيئاً خُيِّر المقاطع بين نصف ما فضله به ، ويكون العبد بينهما ، أو يتماسك ويسلم العبد ، وإن قبض المزاد مثل ما أخذ المقاطع ، وأخذ جميع حقه الأول بلا زيادة ، بقي العبدُ بينهما نصفين ، وإن قبض أكثر الزيادة رد نصف ذلك للمقاطع ، وبقي العبد بينهما نصفين ، فإن مات العبد قبل أن يأخذ المزاد شيئاً وترك مالاً فليأخذ منه المزاد جميعَ ما لَه عليه من حقه الأول ، والزيادة والفاضل بينهما نصفان ، وإن لم يترك شيئاً لَم يرجع المزاد على المقاطع بشيء ، فإن قتل العبد: قال أبو عِمْران : قيمتُه مثل تركته لاَ كَرَقَبتِه ،لأنها مال ، ومن جنس ما أخذ المقاطع ، والرقبة تقع الرغبة فيها ، فلذلك خيرناه ، وقيل هي كالرقبة ، فإن كان فيها مثل ما أخذ المقاطع أخذه

(1) كذا .

(2) كذا .

المتمسك أو أقل أو أكثر ، فكَالجواب في عجزه ،قال : والأول أصوب ، فالمكاتبان[1] يقتل أحدُهما فقيمتُه كرقبته ، وإن كان المكاتب بين ثلاثة : قاطع أحدهما بإذن صاحبه ، وتمسك الثاني ، ووضع الثالث ، ثم عجز العبد قال ابن القاسم : إن رد المقاطع نصف ما قاطع للمتمسك ، فالعبد بين الثلاثة بالسواء ، وإن أبى فهو بين المتمسك والواضع[2] نصفين ، لأن المتماسك أحل أخذ[3] ، والواضع وضع حقه من المال دون الرقبة ، لأن العبد لَوْ أدى لم يكن له منه شيء ، وإن لم يقاطع ، وإن عجز فهو على حقه من الرقَبة ، وإذا حل نجمٌ فغلب بدأبه ، وخذ[4] المستقبل ، فَعَجَزَ أو مات قبل حلول الثاني عليه ،لا يرد نصفَ ما قبضت ، قاله مالك ، فإن حل الباقي قبل عجزه فتعذر عليه ، وانتظر لما يُرجَى له ، فَعَلَى الشريك أن يعجز[5] لشريكه سلفه ، ويتبعان جميعاً المكاتب بالنجم الثاني ، وعن ابن القاسم : إذا تقدمه بنجم فحل نجم بعده ، فقال له : تقاصٌ أنت وأنا ، واقضي ما أسلفتُك ،فليس ذلك عليه ، ولا له قِبلَه شيء ،إلا أن يعجز المكاتب ، فلو حل عليه نجمٌ ولم يحل إلا نصفه ، فقلتَ ائتُوني وانظر أنت المكاتب ، أو سأله المكاتب ذلك ، فهو انتظار في الوجهيْن ، ولا يرجع عليك إن مات أو عجز ، ويكون العبدُ بينكما إذا لم يكن فيما جاء به زيادة[6] على حق أحدهما ، فإن كانت فيه زيادة فأخذتَها بإذن الشريك ، واشترطتَ إنظار المكاتب ، لم يلزم ذلك في الزيادة ، لأنها الذي لم يقتض ، وهي محال بها فيمَا لم يحل ، فإن لم يدفعها المكاتب رجع بها الشريكُ ، وإنما الإنظار فيما لم يحِل ، وإن سأل المكاتب أحدَكما قبل محل في التأخير بحِصته كلِّها حتى يَتم اقتضاء الآخر فرضي ، لَزِمه بخلاف ما أحضره

---

(1) بالنسخة : فالمكاتبين .

(2) بالنسخة : والوضع .

(3) كذا .

(4) كذا .

(5) كذا ، ولعلها :يعجل .

(6) بالنسخة : زاده .

المكاتب ، لأنه بإحضاره وَجَب لهما ، قال اللخمي : إن كانت القطاعة على عشرين ، فقَبَضَ عشرة ، فعجز العبد ، فهو كمن قاطع على نصف نصيبه ، واختلف فيه ، فقيل : يُخَيَّر الأول بين رد خمسة ، ويبقى العبد بينهما نصفيْن ، أو لا يرد ويكون له من العبد ربعه ، وللمتمسك ثلاثة أرباعه ، وقيل : الربع بينهما أثلاثاً ، مفضوضاً على ما بقي لكل واحد منه ، وإن قاطعتَه على عشرين نقداً ، والآخر قاطعه على مائة إلى أجَل ، وتراضيتما بذلك ، جاز ، قال محمد : إذا كانت زيادة الثاني بعد قبض الأول ، لأنه ليس له أن يضعفه حتى يستوفي الأول ، فإن عجز قبل قبض الثاني شيئاً قيل للأول : إن شئتَ فرُد لشريكك نصف ما عندكم من الزائد ، ويكون بينهما ، وإن قبض أكثرَ مما قبض ، وَإنْ قَبَضَ الزيادة التي زادها فعليه ردُّ نصف الزيادة ، قال : والقياس : أن تختص بها ، لأنها ثمن لذلك التأخير، قال : وأما قول ابن المواز : ليس له أن يضعفه حتى يستوفي الأول فغلطٌ ، لأن الثاني أخره عن الأجَل ، فكيف يقبض الثاني قبل الأول ، وإن أخذ الأول نصيبَه – وهو عشرون فمات المكاتب عن غير شيء ، فلا رجوع للثاني عن الأول ، فإن خلف ما لا حل عليه بالموت ، وما فضل بينهما نصفان[1] ، وإن لم يأخذ الأول شيئاً فما خلف بينهما أسباعاً[2] ، والفاضل عن الحقيْن بينهما نصفان[2] ، بخلاف المعتَق ، فإن التركة للمتمسك بالرق ، وإذا عجل المكاتب قبل الحلول نصيبَ أحدِكما من الكتابة فرضي الآخر : قال ابن القاسم : هو كالقطاعة ، إن شاء تمسك بما قبض وله نصف العبد ، وقيل : سلف من العبد فَلَه الرجوع على شريكه ، فكلَّما عجز عن[2] نجم رَجَع بقدره ، فإن عجز ورق لم يرجع إلا عَلَى النجوم ، لأنه رضي .

الثاني : تمتنع كتابة المأذون وعتقه إلا بإذن سيده ، لأنه محجور عليه إلا في المتجر الذي أذن له فيه ، فإن فَعَل بإذنه وعلى المأذون ديْن يغترق مالَه ، امتنع إلا

---

(1) كذا .

(2) بالنسخة :ما عجز نجم .

بإذن الغرماء ، لأن مَا لهُ لهم ، وكتابته نوع من العتق ، إلا أن يكون في ثمن الكتابة إن بِيعَت كَفاف الدَّين ، أو لقيمة الرقبة ، فتباع الكتابة للغرماء ، فيعجل بها إن شاء ، وكذلك المديان الحر يكاتب ، قال ابن يونس : الفرقُ بين المأذون وبين الوصي يكاتب عبدَ مَن يلي عليه : أن الوصي أقيم مقام الأب ، والمأذونَ لم يقمْ مَقام السيد ، بل أذن له في المتجر ، وسَوَّى أشهبُ بينهما وبين المكاتب تغليباً للتجارة ، ومنع مقال الغرماء ، وجوز مكاتبة الحر المديان من غير محاباة ، وإن كره الغرماء ، واختلف في المريض فَعَكَسا قوليهما ، ومنعها سحنون ، فإن كاتب المديان وعلى العبد جناية قبل الكتابة ، فَقِيم عليه ، فقال العبد : أُؤَدي عقل الجناية والدَّين ، وأُثبتُ على الكتابة ، قال مالك : ذلك له ، قال أبو عِمران[1] الفاسي : ويحاسب سيدَه في الكتابة ، ولم يكن للمكاتب منه شيء ، بل تباع كتابته بالدَّين ، ولا يحاسب بالجناية ، لأنها لَو طَرأت لم يكن على السيد منها شيء ، ويَقُوم بها المكاتب أو يعجز ، قال ابن القاسم : إن كاتبها المديان فولدت من غيره ، فللغرماء فسخُ الكتابة ، ويُرِقّها الدّين[2] وَوَلَدَها إلا أن يكون في ثمن الكتابة إن بيعت[3] مثل الدَّين أو قيمة رقبتها ، فتباع الكتابة ، فإن فلس السيد بدَين لحقه بعدُ ، بيعت الكتابة ولا شيء للغرماء غير الكتابة وإن كثر الدَّين .

الثالث : في **الكتاب** : للوَصيّ عند الموصَى عليه على وجه النظر ، ويمتنع عتقه على مال ، لإمكان الإنتزاع ، ويجوز من الأجنبي على عتقه كبيعه ، إن كان نظراء ، وللأب مكاتبة مدبَّر ابنِه نظراً له ، كما يبيعُ ويشتري له نظراً ويعتق عبدَ ابنِه الصغير ، والأب ملي ، وإلاَّ لم يجز ، قال غيره : إلا إن تيسر قبل النظر في ذلك ، فيتم عتقُه ، ويقوم عليه ، قال ابن يونس : قال مالك : وإن لم يكن الأب موسراً يومَ أعتق فرفع للحاكم رد عتقُه ، إلا أن يتطاول زمانُه ، وتجوز شهادته ، ويتزوج

(1) بالنسخة : أبو عمان .

(2) بالنسخة :الذين .

(3) بالنسخة : بنعـ . وكأنها جزء كلمة لم يعرفها الناسخ .

الأحرار ، فيتبع بقيمته ، وأما الكبير الخارج عن ولايته ؛ فيرَد عتقُه لعبده كالأجنبي ، قال محمد : وإن أعتق عبدَ ابنِه الصغيرِ عن الإبن ، امتنع ، وإنما يلزمه ويقوم عليه إذا أعتقَه عَن نفسه ، وقاله (ش) و(ح)[1] : لا تجوز مكاتبةُ الأب والوصي . **لنا** : قوله[2] تعالى : ﴿**أَوْفُوا بِالْعُقُودِ**﴾ وقوله[3] تعالى : ﴿**وَلَا تُبْطِلُوا أَعْمَالَكُمْ**﴾ وقوله[4] ﷺ : (**وإنّما لِامْرِىءٍ مَا نَوَى**) وهما قد[5] نويا الكتابة ، ولأن لهما البيعَ ، وهما في معنى البيع . **احتجوا** : بأنها عتق بغير عِوض لأن لها أخذ اليسير بغير عتق ، ولأن فيها تغريراً بمال الصبي ، لأن المكاتب يحوز ماله فقد يتلف ويعجز ، و **الجواب** : أن النظر قد يؤدي إلى ذلك فإن يَخَف[6] أفاتهُ ، كما له بيعه بالثمن اليسير نظراً ، وقد لا يكون له كسب فيحتاجون للكتابة بكسبها ، ويحصل في الكتابة أضعاف قيمته .

الرابع : في **الكتاب** : يمتنع مكاتبتك شقصاً لك بإذن شريكك أو بغير إذنه ، للذريعة إلى عتق النصيب بغير تقويم ، ويفسخ ويرد ما أخذت فيكون بينكما مع رقَبة العبد ، قبضت الكتابة كلها أو بعضها ، قال غيره : إنما يكون ذلك بينكما إذا اجتمعتما قسمة ، ومن طلب رد[7] العبد ، فذلك له ، لأن مال العبد المشترك لا يأخذ أحدكما منه شيئاً إلا بإذن صاحبه ، ولا ينزع ماله حتى يجتمعا ، وإن كاتبت حصتك ، ثم كاتب الآخر حصتَه ولم يتَسَاوَيا ، امتنع ذلك إذا لم يُكاتِبَاه جميعاً كتابةً واحدة ، كاتبتماه على مال متفق أو مختلف ، لأن كل واحد يقتضي دون الآخر ، قال غيره : إن تساويا في الأجَل والمال جاز ذلك ، وأما إن أعتق هذا أو

---

(1) كذا ولعله : وقال ح : لا تجوز .

(2) (المائدة : 1) .

(3) (محمد : 33) .

(4) هو جزء حديث : إنما الأعمال بالنيات ، وقد تقدم تخريجه .

(5) بالنسخة : حذ .

(6) بالنسخة : بأن يخافَ افاتة ،ولعل الجملة :بأن يخاف آفة .

(7) بالنسخة : رده .

دبَّر ، ثم فعل الآخر مثلَه ولم يُعلمْ[1] صاحبَه ، جاز ، قال ابن يونس : وقيل : إن كاتبه إلى سنتين بمائتيْن ، والآخر بمائة إلى سَنَة ، فإن حطه صاحبُ المائتيْن مائة وخيَّره بمائة إلى سنةا، جاز ، وكأنهما كاتباه معاً ، وإن أَبَقَ : قيل للمكاتب : أَترضى أن تزيدَ صاحب المائة مائةً وَتؤجلها إلى سنة ليتفق الأداء ، فإن فَعَلَ جَازَ ، وإلا فُسخت الكتابة ، قال اللخمي : إن اتفقت في القدر والنجوم ، والعقد مفترق امتنع ، فإن وقع ؛ قال ابن القاسم : يفسخ ، وأمضاها غيرُه ، وأبطل الشرط ، ويكون الإقتضاء واحداً ، وإذا فسدت ولم يعلم حتى أَدَّى[2] نجماً أو صَدراً من الكتابة ؛ ففي الفسخ قولان ، ويسقط الشرط إن أمضيت ، وإن أدّى الجميعَ عتق قولاً واحداً ، وقاله (ش) الفوت[2] إن كان الفساد بإمكان الإفتراق في الاتصال[3] ، واختلاف النجوم ، أما اختلاف الأداء : فإن أخذ أحدُهما مائة ، والآخر مائتيْن ، فالفسخ باقٍ إلا أن يسمي العبد الآخر مائة ، أو يرضى السيد أن تكون الدنانيرُ والعروض بينهما ، وإن كاتبَه على مائة إلى سنة ، والآخر على مائة إلى سَنَة ، والثاني بمائة إلى سَنَة ، فسخت ، فإن أدى نجماً أو صخراً[4] ، فإن رضي من له الفضل والعبد بلحوق الأعلا ، أو رضيا بأن يكون الإقتضاء واحداً مضت الكتابة ، وإلاَّ مضت على أحد الأقوال ، ويكون اقتضاؤهما واحداً ، ويفسخ على القول الآخر ما لم يؤد نجماً أو صدراً ، وإن كاتب نصيبه وحده ؛ ففي الكتاب : يفسخ ، وعنه يحلف السيد ما علم أنه يعتق عليه إذا أدى ، فإن حَلَف لم يقوم عليه ، وإلا قُوم ، وظاهر قوله : إنه لا يرد عتق ذلك النصيب ، لأنه لم يقل : إن حلف رد عتق النصيب الذي أدى ، ويختلف على هذا إذا لم يكن فيه شِرك : ففي **المدونة** : يرق ما كُوتب منه وإن أدى ، وعلى القول الآخر : يحلف ، فإن نَكَل عتق كلُّه ، إلا أن يكون عليه دَين يغترِق ما لم يكاتب منه فيمضي ما كاتب في نصفه ، للخلاف أنها

---

(1) بالنسخة : ولم يعلم لصاحبه .

(2) بالنسخة : اذا .

(3) كذا .

(4) كذا ، ولعلها : صدرا .

بَيعٌ أو عِتق ، فإن كان فيه شِرك وفات بالأداء ، أو فات ما قبضه وهو معسِر ، والذي اقتضاه مثل ما ينوبه من مال ،كان بيده أو من خراجه ، مضى عتقُ ما كاتب منه ، لأن الرد إما للإستكمال – وهو معسر – أو لحَق الشريك فيما يأخذه ، وهذا لم يأخذْ فوقَ حقه إن كان من خَراجه ، وإن لم يكن أذن ، وإن كان من غير الخَراج مضى إن كان بإذنه ، فإن كان العبد معتَقاً نصفُه جاز مكاتبةُ بقيته ، ويختلف في كتابة نصفِ البقية ؛ فَعَلَى القول بأنه ليس بزيادة فساد يجوز ، وإن كان نصفُه مدبّراً جازت كتابة الآخر إذا كان يسعى في كتابته في يوم من لم يدبّر ، وإن كانت السعاية من مال بيده قُسم ، فكان للمدبر نصيبُه ، ويسعى في اليوم ، والآخر للكتابة ، وكذلك إذا أعتق الأول – وهو معسر – أو أولد ، لأن المقال في قسمة المال للثاني ،لأن بيعه بماله أفضل ، قال ابن وهب : إن أعتق أحدهم – وهو معسر – ودبَّر الآخر ، وكاتَب الثالث ، يؤدي من ثلثي المال الذي في يده ، أو ثلثي ما يكسبه ، ولا يؤدي من الجميع ، لأن للمدبّر أَخْذَ ثلث ماله وخدمته .

الخامس : في **الكتاب** : إذا كاتب النصراني عبداً لنصراني جاز ، ولا يمنع من بيعه ، ولا فسخ الكتابة ، لأنه من المظالم ، وإن كاتب مسلماً أبْتاعه[1] ، أو كان عنده ، أو أسلم مكاتبه ، بيعت الكتابة من مسلم ، فإن عجز رُق لمشتري الكتابة ، أو أدى[2] عتق ، وولاء الذي كوتب – وهو مسلم – للمسلمين دون مسلمي ولد سيده ، ولا يرجع إليه ولاؤه[3] إن أسلم ، لأن يوم العقد لم يكن ممكَّناً منه، وولاء من أسلم بعد الكتابة لمن يناسب سيده من المسلمين ولداً أو عصبة ، لإستيلائه يومَ العقد ، فإن تعذر فللمسلمين ، فإن أسلم رجع إليه ولاؤه[4] لتسويته له عند العقد ، لأنه كان على دينه ، وإن أسلمت أُمُّ ولدِ الذمي ، وقُفت حتى يموت أو يسلم ، فيحل له لبقاء حق الوطْء ،

(1) بالنسخة : اتباعه .
(2) بالنسخة : او ودى .
(3) بالنسخة :وولاؤه .
(4) بالنسخة : وولاؤه .

ثم رجع إلى أنها تعتق ، ولا شيء عليها من سعاية ولا غيرها ، لبطلان الوطء بإسلامها ، وولاؤها للمسلمين ، إلا أن يسلم سيدها بعد عتقها عليه ، فيرجع إليه ، وولاؤها له لثبوته له يومَ الإستيلاد ، فإن أولدَ أمته بعد أن أسلمت عتقت عليه ، وولاؤها للمسلمين ، ولا يرجع ولاؤها إن أسلم ، قال ابن يونس : قوله : إلا أن يسلم ، يريد : فتلزمه كتابته وعتقه ، وله في **العتبية** : إن أسلم وبَانَ عنه حتى صار كحال الأحْرار فلا رجوع له فيه ، وإن كان هو مختدمه على حاله فله الرجوع ، فلم يعتبر الإسلام إلا بالبينونة ، مع أن البينونة – عندنا – تَمنع الرجوع وإن لم يُسلم ، وإلا فرق بين الكتابة والعتق ، وظاهر **المدونة** : أن الإسلام كاف ، لأنه حكم بين مسلم وكافر ، قال سحنون : إن كاتبه بخمر فأسلم العبد بعد إداء نصفه ، فعليه نصفُ قيمته ، نصفه عبداً قِناً ونصف كتابة مثله في قوته على السعي ، وكذلك إن أسلم السيد ، قال ابن القاسم : إن أسلم[1] سيد أُم الولد بعد إسلامها وقبل أن يعتق ، فهو أحق بها أمَّ ولد له وإن طال ما بين إسلامهما ، ما لم يقض به الإمام ، وإن أولد أمتَه بعد أن أسلمت عُتقت عليه ، وولاؤها للمسلمين لا يرجع إليه ، قال اللخمي : اختلف في الكتاب في فسخه للكتابة بنات على أنه من التظالم أم لا ، قال : وأرى إن كاتبَه على ما يقارب الخَراج فهو عتق ، وبأبُها الهبات فله الرجوع ، أو على أكثرَ من الخراج بكثير فهو من باب البيع فيحكم عليه ، وإذا أسلم المكاتب : قال القاضي إسماعيل : يباع عبد[2] خلاف **المدونة** ، قال : وهو على ما تقدم إن كاتبَه على أكثرَ من الخراج بالكثير ، بِيعَ مكاتباً ، لأنه لو لم يُسلم مُنع من بيعه عبداً غيرَ مكاتب ، أو على نحو الخراج ، بيع مكاتباً على نحو ما عقد له ، إلا أن يرجع في الكتابة فيباع عبداً .

السادس : في **الكتاب** : إذا كاتب المريض مَن قيمتُه أكثرُ من الثلث وامتنع الوارث من الإمضاء ، عتق مبلغُ الثلث ، فإن حاز الوارثُ الكبير قبلَ الموت لَزِمه ذلك بعدَه ، كما لو أسقط الشفعة بعد الشراء وقبل الأخذ ، أو عفا عن القصاص

(1) بالنسخة : ان اسم .

(2) كذا ، ولعله : عبداً .

بعد الجرح ، وإن قبض الكتابة في مرضه وَلَمْ يُحابِ ومات ، جاز كبيعه ، ومحاباة[1] في البيـع ، في ثلثه ، وتمتنع كتابة المديان من ناحية العِتق ، بخلاف المريض ، وقال غيرُه : الكتابةُ في المرض مـن ناحية العتـق بمحاباةٍ أم لا[2] ، ويوقف بخدمة ، فإن مات والثلث يحمل جازت الكتابة ، وللأخير[3] الورثة في الإجارة أو بتلُ مَحمِل الثلث فمنه[4] بما في يديه من الكتابة ، وإن كاتبه في صحته وأقر في مرضه بقبض الكتابة جاز ، ولا يتهم إن ترك ولداً ، وإن ورث كلالة والثلث لا يحمله لم يُصَدق إلا ببينة ، وإن حمله الثلث صُدق ، لأنه لو أعتقه جاز عتقُه ، وقال غيره ، إذا أقسم فالميل[4] ، والمحاباة له ، لم يجز إقراره حَمَلَه الثلث أم لا ، ولا يكون في الثلث إلا ما أُريدَ به الثلث ، وإن كَاتَبه في مرضه ، وأقر بقبض الكتابة في مرضه ، وحمله الثلث ، وعتق ورثته ولداً وكلالة ، وإن لم يحمله الثلث ، خُيِّر ورثتُه في إمضاء كتابته أو عتق محمل الثلث ، وقال غيره : تُوقف نجومُه ، لأن الكتابة في المرض عتاقة من الثلث ، لا من ناحية البيع ، لأن المؤدى من جنس الغَلَّةِ ، وإن كاتبَه في المرض بألف ، وقيمتُه مائة ، وأوصى بكتابته لرجل ، وحمل الثلث رقبتَه جازت الكتابة ، والوصية ، كالوصية بأن يَخدم[4] فُلاناً سنة ، ثم هو حر ، وإن لم يحمله الثلث ولم يُجز الورثة عُتق منه مَحمِل الثلث ، وبَطَلت الوصية بالكتابة لِتبدية العتق عليها ، قال في **النُكَت** : قال بعض شيوخنا : إذا كاتَبَه في المرض وحَابَى وقبض الكتابة جعل في الثلث قيمةَ الرقَبة كلها ، بخلاف محاباته في البيع ، تعجل المحاباة خاصة ، لأن الكتابة في المرض عتق ، وإذا حابَى والثلث يَحمل رقبَته جاز ، ولا يغرم في النجوم المقبوضة ، ولا يضاف للمال الميتة[5] ، وإن لم يحمله الثلثُ رُدت النجوم المقبوضة ليد العبد ، وأعتق منه بماله محمِل الثلث ، لأن الثلث إذا حَمَل

(1) كذا ، ولعله : ومحاباة المريض في البيع .
(2) كذا .
(3) كذا .
(4) بالنسخة : بأن بجوم .
(5) كذا .

أَخَذ المالَ الورثةُ ، فلا يكثر مال الميت[1] الميت به ، قال بعضهم فيما إذا كاتَب في الصحة وأقر في المرض بقبض الكتابة ، والثلثُ يَحمله : إنما يصِح إذا كان الثلثُ لَم يؤمر فيه بشيء ، وإلا فمراده : تنفيذ وصاياه ، ويخرج العبد من رأس ماله ، فهو كالقائل : أعتقت عبدي في صحتي ، فلا يعتق ، وقيل : سواء أوصى أم لا ، يجوز إقراره إذا كانت وصاياه يُقَدم عليها هذا العبد . قال اللخمي : إن كانت كتابة المريض بمثل الخَراج فهي من ناحية العتق ، لأنه وإن لم يحابِه لا يقدر على أكثرَ من ذلك ، وله أخذ ذلك من غير كتابة ، وأكثر من الخَراج بالأمر البيّن ، فهي مبايعة ، وينظر هل فيها محاباة أم لا على المجنون ، أو لأنه أحد طرفي العَقْد ، فلا يصح من الصبي كالطرف الآخر[2] .

والجواب عن الأول : أن أدلة الكتابة خاصة ، وآية البيع عامة ، فيقدَّم الخاص .

وعن الثاني : أن المسألة مبنية على إجْبار العبد ، فتكون المكاتبة كالمعاقبة لا تفتقرُ إلى تكرر الفعل من عاقبة اللص وطارقة الفعل ، مع أن تكرر الفعل أن يفعل كلٌّ واحد مثلَ فعل الآخر ، وهذا منفي إجماعاً وإلاَّ لزم أن كل واحد منهما يوجب ويقبل ويستحق العرض ، وهذا محال .

وعن الثالث : أن كتابة المجنون عندنا جائزة على كراهة ، قالهُ ابنُ القصار ، تخريجاً على رواية الجر[3] ، وقد يتصدق عليه بالأداء . وفي **الجواهر** : إذا فرعنا على قول أشهب في منع كتابة الصغير ، فعنه : حده : عشرُ سنين ، لأنه حد الضرب على الصلاة ، والتفريق في القوة على العمل ، ولم يَكرَه **(ش)** كتابة الأَمَة غير المكتسبة . **لنا** : ما روي عن عثمان رضي الله عنه أنه قال : لا تكلفوا الأمَةَ الكسبَ فإنها تَكسِب بِفَرْجها . وروي مرفوعاً[4] .

---

(1) كذا .

(2) بالنسخة : والآخر .

(3) كذا ولعلها : الجبر .

(4) لا يصح مرفوعاً ، وصح موقوفاً ، رواه مالك في **الموطأ** في كتاب الاستئذان ، باب الأمر بالرفق بالمملوك ،عن عمه أبي سهيل بن مالك عن أبيه أنه سمع عثمان بن عفان وهو يخطب وهو

الثاني ، في **الكتاب** : تمتنع كتابة بعض عبده ، وإن أدّى لم يعتق منه شيء ، ككتابة شِقصِه ، لأنه ذريعة إلى عدم استكمال العتق بالتقويم .

الثالث ، في **الجلاب** : لا تكاتب أمُّ الولد ، وتفسخ إن أُدرِكت قبل فوتها ، فإن فاتت بالأداء عُتقت ، ولا ترجع على السيد بما أدَّت ، قال الأبهري واللخمي : أصل مالك : جوازُ إجارتها برضاها ، وإذا جازَ ذلك جازت الكتابةُ بِرضاها ، وأولى بالجواز بمصلحة العتق ، قال بعض الفقهاء : ينبغي إذا كاتَبها في مرضه أن يرجع على بركته[1] إذا مات من ذلك المرض ، ويكاتب المدبَّرة ، وإن مات قبل الأداء عتقت في الثلث ، وسقطت الكتابة ، وإلا عتق ثلثُها .

الركن الرابع : العبد المكاتب ، وفي **الجواهر** : له شرطان : قدرتُه على الأداء ، واختلف في الصغير إذا لم يكن له مال ، ومكاتبة العبد كله إلاَّ مَن نصفُه حر ، فتجوز مكاتبةُ بعضه ، لحصول الإستقلال ، أما الأول فليحصَل مقصودُ العقدا، وأما الثاني : فلأنه ذَريعة لعقد البعض من غير تقويم .

وفي الركن أربعة فروع :

الأول ، في **الكتاب** : يجوز كتابة الصغير ومَن لا حرفة له ، وإن كان يسأل ، وقال غيره : يمتنع إلا أن يفوت بالأداء ، أو يكون بيده ما يؤدي عنه ، فيؤخذ من يده ، ولا يترك له فيُتلفَه ، ويرجع رقيقاً ، وكره كتابة الأَمة لاَ صنعةَ بيدها ، وَلاَ لَها عمل معروف ، قال ابن القصار : منع مالك كتابة الصغير ، وعنه إجازتُها . **لنا** : على اختلافه ، هل يكون إسلامه إسلاماً أم لا ؟ وعلى الروايتيْن في إجبار السيد عبدَه على الكتاب ، فَعَلَى الإجبار تصح كتابةُ الصغير ، لأنه لا يحتاج إلى قَبوله ، وعلى عدم الإجبار لا يكاتب إلا بالغاً عاقلاً ، وقال (ح) : يجبر المراهق ، كإحدى

يقول : لا تكلفوا الأمة غير ذات الصنعة الكسب فإنكم إذا كلفتموها ذلك كسبت بفرجها ، ولا تكلفوا الصغير الكسب ، فإنه إذا لم يجد سرق ، وعفوا إذا عفكم الله ، وعليكم من المطاعم بما طاب منها .

(1) كذا .

الروايتيْن عن مالك في أن إسلامه إسلام ، وَمَنَعَ الشافعي إلاَّ منْ بالغ عاقل . **لنا** : قوله[1] تعالى : ﴿**أَوْفُوا بِالْعُقُودِ**﴾ وقوله[2] تعالى : ﴿**وَلاَ تُبْطِلُوا أَعْمَالَكُم**﴾ وقوله[3] ﷺ : (**الأعمالُ بالنيّات ، وإنَّما لامْرِىءٍ مَا نَوَى**) وقوله[4] تعالى :﴿**فَكَاتِبُوهُمْ**﴾ والقياس على التدبيرِ والعتقِ إلى أجَل ، وعلى الشرط ، **احتجوا** على جواز بيعه بقوله[5] تعالى : ﴿**وَأَحَلَّ اللهُ الْبَيْعَ**﴾ ويجب الوفاءُ لعقد البيع لما ذكرتم من النصوص ، ولأن قوله : ﴿**فكَاتِبُوهُم**﴾ يَقتضي[6] المفاعلة من الجانبيْن كالمَحَاصّة ونحوِها ، والصبي لا يصلح لذلك قياساً وسقط ثلثا الكتابة .

الرابع ، في **الجواهر** : فاسدُ الكتابة يساوي ما اجتمعت شروطُه في أنه يحصل العين بالأداء ، ويفارقه في أنه إذا أخذ ما علق به العتق رده إن كان مما لا يصح تملُّكُه كالخمر ، ورجع على العبد بالقيمة لفساد العوض .

النظر الثاني ، في أحكام الكتابة :

وهي مندوب إليها ، وقاله الأئمة خلافاً لابن عباس وأهل الظاهر ، لانها سبب العتق ، والعتق مندوب غير واجب ، فوسيلته أُولى بعدم الوجوب ، ولأنه عَقد حظر لبيعه مالَه بمالِه ، وهذا جوابنا عن صرف الأمر في الآية إلى الندب عن الوجوب الذي تمسكوا به ، ويكره عند (**ش**) في العاجز عن الأداء ، لعدم إفضاء العقد لمقصوده ، ويستحب عند ابن حنبل ، لأنه يحصل ، قال اللخمي : الكتابة أربعة : مندوبة ، ومباحة من وجه ، ومندوب إليها من وجه ، ومكروهة ، وممنوعة بحسَب دينه وقوته على الأداء ، والوجه الذي يؤدي منه ، فكتابة الدّين على مثال

---

(1) (المائدة : 1) .

(2) (محمد : 33) .

(3) تقدم تخريجه مراراً وانظر هامش رقم : 71 .

(4) (النور : 33) .

(5) (البقرة : 275) .

(6) بالنسخة :يقتضا .

الخَراج والسعي من وجه جائز مندوب ، وعلى أكثرَ من الخراج بالشيء الكثير رخصة ، ومباحة من جهة الحَصر ، ومندوبة لما فيها من العتق ، ومكروهة في الشِّرِّير ، لأنه يتسلط عن الناس بحُريته ، ومحرَّمة فيمن يسعى بالسرقة ونحوِها .

فرع

في **الكتاب** : الإيتاء[1] مندوب ، وهو أن يضعَ من أجر كتابته ، وقد وضع ابنُ عمر رضي الله عنه خمسةَ آلاف من خمسة وثلاثين ألفاً ، ووضع علي بن أبي طالب رضي الله عنه : ربع الكتابة ، ووافقنا (ح) على الندب ، وقال (ش) بالوجوب ، **لنا** : أن الإيتاء[2] من باب الإبراء من الديون ، وهو غير واجب ، ولقوله[3] ﷺ : (**المكاتَب عبدٌ ما بقي عليْه شَيء**) وقياساً[4] على إذا ما أعتق على مال ، وسائر عقود المعاوضات ، ولأنه عقد يشترط فيه رِضا المالك ، وهو لم يرض بخروج العبد من ملكه بغير الكتابة ، ولأنه لا يجب عليه عند المخالف قبل قبض الكتابة ، فنقيس على ما قبل القبض . **احتجوا** : بقوله[5] تعالى : ﴿**وآتُوهُم**﴾ والأمر للوجوب ، ولأنه إجماع الصحابة أمرَ به جماعة منهم ، وفعلوه من غير مخالفة .

والجواب عن الأول : أن مال الله تعالى ظاهر فيما يتقرب به إليه ، والتصدق بالمال غير واجب ، ولم يقل في الآية : أسقطوا من الكتابة ، بل قال : ﴿**وآتُوهُم مِن مَالِ اللهِ**﴾ وقد قال[6] ﷺ : (**لَيسَ في المالِ حق غير الزكاة**) .

وعن **الثاني** : أنهم أجمعوا[7] مسلَّم ، لكن على الندب ، فلِمَ قلتم : إنهم

(1) بالنسخة :الاتيا .
(2) بالنسخة :الاتيا .
(3) تقدم تخريجه .
(4) بالنسخة :قياساً على إذا ما اغتق .
(5) (النور : 33) .
(6) رواه ابن ماجه في الزكاة والطبراني عن فاطمة بنت قيس ،وهو ضعيف كما قال ابن حجر في (تلخيص الحَبير 160/2) .
(7) كذا ولعله : إجماع مسلَّم .

أجمعوا على الوجوب ؟ ولأنه عطف على الكتابة ، وهي غير واجبة ، والأصل في العطف التسوية ، ولأنه مجهول وغير مُقدر[1] بالعرف فلا يكون واجباً ، لأن الأصل في الواجب أن يقدَّر إما نصاً ، كالزكاة ، أو عُرفاً كالنفقات ، ويؤدي قولهم إلى خلاف قولهم ، فإن الساقط مجهول ، فالباقي من الكتابة على العبد مجهول ، وهم لا يقولون به ، وعبد المكاتب عبد ما بقي درهم ، فإن كان درهم مما كاتبه عليه فقد ترك قوله ، أو مما بعد الوضع فيتعين الإحاطة به حتى يعلم زمان العتق ، وهو لا يحدده ، وأيضاً إذا لم يكن مُحدداً فأمكن أن يكون دانقاً من عشرة آلاف درهم ، وَحملُ أمرِ الله تعالى على مثل هذا مع اعتقاد الوجوب بعيدٌ جداً .

فرع

في **المقدمات** : عن مالك : لَكَ إجبارُ عبدك على الكتابة . وهو ظاهر **المدونة** ، لأنه جعل لك أن تعتقه على مال تَجعله عليه بعد العتق ، والكتابةُ أولى ، وهو ظاهر قولِ ابن القاسم في كتاب المكاتب ، لأنه جعل له أن يكاتِبَه على نفسه ، وعلى عبدٍ غائب ، ولزم الغائب ، وخالَف قولَه في كتاب العتق في قوله : إذا قلتَ : أنتَ حر وعليك كذا : إن ذلك بِخيرة العبد ، وقيل : ليس للسيد أن يُجبر عبدَه ، لقوله[2] تعالى : ﴿ **وَالَّذِينَ يَبْتَغُونَ الْكِتَابَ** ﴾ فَجَعَلها منوطة بخِيرَتهم ، ولأن السيد يتهم على إسقاط نفقته ، وقاله **(ش)** ، **وجوابُه** : أن للسيد أن يؤجره سنين ويُجبرَه على ذلك بغير عتق ، فأولى معَ العِتق ، ولأن العتقَ حق لله تعالى فيُجبَر عليه ، قال ابن يونس : عدم الإجبار قاله أشهب ، وابن القاسم ، قال اللخمي : له جَبرُه على مثل الخَراج ونحوِه ، ولا يُجبره في الزيادة الكثيرة ، لأنه ضَرَرٌ به ، ويذهب سعيُه باطلا .

فرع

في **الكتاب** : المكاتب كالرقيق في الميراث ، والشهادة ، والحدود ، وغيرها

---

(1) بالنسخة :تصدر .

(2) (النور : 33) .

حتى يؤدي أو يَعجز ، وقاله الأئمة ، وقال ابنُ مسعود : إذا أدى قدرَ قيمته عتق ، وضمن الباقي بعد عتقه ، وعن علي رضي الله عنه : إذا أدى نصفَ ما عليه وأُتبع بالباقي . **لنا** : قوله[1] ﷺ : (**المكاتَبُ عبدٌ مَا بَقيَ مِن كِتابتِه دِرهم**) .

فرع

في **الكتاب** : ولد المكاتب من أَمَته ، وولدُ المكاتبة بعد الكتابة بمنزلتهما ، يُرَق برقهما ، ويعتق بعتقهما ، وإن شرط في الكتابة أو العتق الجنين : بَطَل الشرط دون العقد ، كما لو شَرَط الوطء بعد العتق ، لأن الوَلَد كالجزء منها فيتبعها[2] .

فرع

في **الكتاب** : يجوز كتابة جماعة كتابةً واحدة ، وعند (**ش**): قولان ، ووافقنا (ح) ، **لنا** : قوله تعالى : ﴿**فَكَاتِبُوهُمْ**﴾[3] الآية ، وهي عامة من غير تفصيل ، ولأن البدَلَ معلوم ، والعقل بالتفصيل ، كما لو بَاعَهم في عَقد واحد . **احتجوا** : بأنه لما كان العاملُ متعدداً ، صارت في معنى الصفقات ، والجهل بكل صفقة يُجب فسَادَها ، كما لو باعهم لثلاثة من غير تفصيل ، لكل واحد عقل ، فإن العقل يفسد ، ولأن ما يلزم كلَّ واحد مجهول ، فلا يدري بما كوتب .

والجواب عن الأول : أنّ السيد واحد ، وهو المعتق البائع مالَ نفسِه بمال نفسِه ، ولذلك جبرهم على الكتابة على الصحيح ، ولأنه لو باع من ثلاثة داراً وأحدث بثمن واحد ، فإنه يجوز ، وإنْ كاتب صفقات ، ولو باع ثلاثةَ أعْبُد مستويةٍ من ثلاثة جاز عندنا ، أو مختلفةٍ وتراضوا بتسمية كل عبد منهم لكل واحد ، فإنه يجوز ، نَقَلَهُ ابنُ القصار ، مع أنّ الفرق أنّ[4] الكتابة يعتق فيها بالكتابة

(1) تقدم تخريجه مراراً .
(2) بالنسخة : فيتبعا .
(3) (النور : 33) .
(4) بالنسخة : أنّ الفرق مع بأن .

الفاسدة ، فيعتق بالمجهول ، ولأن مقصودَه المبايعة بالثمن[1] ففسد بالجهالة ، ومقصود الكتابة العتق فلا يضر بالجهل ، كالإنكاح[2] والخلع .

والجواب عن الثاني : أنه يوزع بقدر القوة .

تفريع

في الكتاب : يضمن كل واحد منهم عن بقيتهم ، وإنْ لم يشترط ذلك ، بخلاف حمالة الديون ، لأن المقصود في العَقد العتق ، فيبالغ في التوسل إليه ، ولا يعتق أحد منهم الاّ بإداء الجميع ، وللسيد أخذهم بذلك ، واخذ المليء بالجميع ، ولا يوضع منهم شيء لموت أحدهم ، لأنهم كالرجل الواحد ، ويرجع المؤدي على المؤدَّى عنه بحصته ، بعد قسمة الكتابة بقدر القوة على الأداء يومَ الكتابة ، لا على قيمة الرقاب ، ولا يرجع على من يعتق عليه أنْ لو ملكه الحر ، لأن الأصل لا يملكه ، فكذلك بَدَله الذي هو العِوَض فإن أدّى حالاً رَجَع بحصصهم[3] على النجوم ، لأنهم إنما التزموا ذلك ، وإنْ زَمِنَ أحدُهما فأدى الصحيحُ رجَع عليه بحصته بما يَنُوبُه يومَ العَقد ، ولك عتق الزّمِن قبل الأداء ، فأنكره الصحيح لأنه لا نفع له فيه ، وتبقى جميعُ الكتابة على الصحيح ، وإنْ أدى وعُتق لم يرجع بشيء عليه ، لأنه لم يعتق بالأداء تبرعاً منك ، وليس لك عتق قويّ على السعي ، ويرد إنْ فعلت ، لأن فيه تعجيزاً لهم ، فإن أَدوا عُتقوا ، أو عجز فألزمت ما صنعت من العتق ، كمن أخدم عبدَه أو آجره ثم أعتقه ، فلم يجز ذلك للمخدم أو المؤاجر ، فإذا تمت المدة عُتق ، وكمن رد غرماؤه عتقَه ، ثم أيسر قبل بيعه فأَدَّى الدّين ، فإن أجازُوا عتقَـك وهم أقوياء على السعاية جاز ، ويوضع عنهم حصة للمعتق ، لأنه موجب العَقد ، ويسعون فيما بقي ، فإن أجازوا على أنْ يسعى المعتق معهم امتنع العِتق وسعوا كلّهم في جميع الكتابة ، وإنْ دبَّرت أحدَهم بعد الكتابة ثم

(1) بالنسخة : المبايعة الثمن .

(2) بالنسخة : كإنكاح .

(3) بالنسخة : لحصصهم .

عَجَز وألزمت تدبيرَك ، ولزمت قبل العجز ، والثلثُ يحمله ، وهو قوي على الأداء ، حين مت ، لم يعتق إلاَّ بِرِضا[1] أصحابه ، وإنْ كان زَمِناً عتق في الثلث ، ولا يوضع عن أصحابه شيئاً[2] ، لأن من لا قوةَ له من صغير أو زَمِن ، يجوز عتقُه وإنْ كرهوا ، ولا يوضع عنهم شيء في الثلث ، قيل : إذا لم يجبر ، واعتق القوي وأدوا لم يرجع المعتق عليك بشيء ، لأنك أخرته بوجه جائز ، ولو كان يرجع عليكَ سقط على المكاتبين أولا ، وقال بعض شيوخنا : إذا اعتقت زَمِناً لا حُجة لهم بأنهم إذا أدوا رجعوا عليه ، لأن نفقة الذين تلزمهم ورفها[3] بالعتق أنفع لهم من اتباعه فإنه قَد لا يتيسر[4] له شيء ، قال ابن يونس : قال محمد : ولك كتابةُ كل عبد بكتابة ويتحمل بعضُهم ببعض ، ولا يتبع كل واحد منهم ، ولا تنقضي كتابته ، ولا يعتقه بغير أذن صاحبه ، وإسقاط ضمانه ، قال أبو محمد : يعني أنَّ ذلك في عَقد واحد ، ويلزم – على ما قال – أنْ يؤدي واحدٌ قبل الآخر ، ولا يعتق حتى يؤدي الآخر ، ويجوز أنْ يتحمل عبدك بمكاتبك بخلاف الأجنبي ، وقال عبد الملك : يقسم الكتابة بالحصة على العدد لاَ بحسب القوة كما قال ابن القاسم ، وكذلك إنْ استحق أحدٌ أربعةً سقط الربع ، وقال (ش): على قدر القيمة دون القوة والعدد .
لنا : أنَّ وضع عَقد الكتابة القدرة والكسب ، وإنَّ السادَات يوصفون[5] الخراج ، والكتابة ، والكسب ، لا بكَسب[6] القيمة ، وإذا كان هو المقصود دون غيره ، **احتجوا** : بأن الكتابة تجري مجرى البيع ، والأثمان تتبع القِيَم . **وجوابهم** : أنَّ مقصودها العتق لا البيع ، لثبوت الولاء ، ودخول الغرَر[7] ، وبيع ماله بماله ،

---

(1) بالنسخة : فرضاً .
(2) كذا . والوجه : شيء .
(3) كذا ، ولعلها : وربها .
(4) بالنسخة : فإنه قولا يتسس .
(5) كذا .
(6) بالنسخة : لا يحسب .
(7) بالنسخة : الغدر .

والعتق في فسادها كصحيحها ، قال ابن يونس : وقوله : إذا أدى أحدهم الكتابة رجع بحصصهم على النجوم : يريد على ما يقع على كل واحد منهم من الكتابة يومَ العَقد ، ويجري فيه الخلاف المتقدم، وعن ابن القاسم : يرجع على قدر قوتهم ، وقال أشهب : على قيمتهم يومَ كُوتبوا ، وقال أصبغ : على قدر قيمتهم يومَ عُتقوا ، وعنه : يومَ كوتبوا ، وحالهم يومَ عُتقوا أنْ لو كانت حالَهم يوم كوتبوا ، قال أشهب : إنْ كان فيهم صغير فبلغ السعي قبل أنْ يؤدوا ، فعليه بقدر ما يطيق يومَ وقعت الكتابة على حاله ، قال محمد : على حاله يومَ الحكم لَو كان هذا يومَ الكتابة ، وقال على قدر طاقته يومَ بلغ السعي أنْ لو كان بهذا الحال يومَ الكتابة ، قال محمد : إذا أدى الكتابة وعتقوا ، فإن كانت الكتابةُ قد حَلَّت رَجَع بذلك حالا ، وإلاّ رجع به على النجوم ، والحمالة باقية عليهم للسيد ، قال ابن القاسم : وإنْ فَلَس أحدهم حاصٌّ بما أدى عنهم غرماؤه ، لأنه سلف أخرجه عنهم من ماله ، بخلاف السيد في الكتابة والقِطاعة ، قال محمد : وإنما يرجع عليهم إذا أدى جميع الكتابة وعتقوا ، وأما ما لا يعتقون به فلا يرجع بذلك عليهم إلاّ بعد العتاقة ، لأن أحدهم قبلها يضعفهم ، قال اللخمي : قال مالك : إذا مات أحدهم لا يحط عنهم ، والقياس : الحط عن كل واحد ما ينوبه ، لأن واحدًا اشترى نفسَه بما ينوبه من تلك الكتابة ، وإنْ استحق أحدهم بحرية أو بملك سَقَط ما ينوبه عنهم ، لأنه تبين أنّ السيد عقد على غير مالك ، ولا تلزمهم الحمالة بملك الغير ، وإنْ غاب بعضهم أو عجز لم يسقط عن الباقي شيء ، فإن عجز البعض وأدى الآخر جميع الكتابة : قال مطرف : يرجع بقيمتهم يومَ عتقوا ، وقال أشهب : يومَ كوتبوا ، قال : والقياس بما كانوا يؤدونه لو لم يعجز على صفة القبض الأول قبلَ العجز ، لأنه الذي كانت الحمالة به ، وإنْ كان أحدهم صغيراً ومضت الكتابةُ وهو غير قادر على السعي ، لم يتبع بشيء ، فإن قَويَ بعدمُضي بعض النجوم : قال أشهب : عليه بقدر ما يطيق يومَ وقعت الكتابة على حاله ، وقال محمد : يومَ الحكم لو كان يومَ الكتابة بالغاً ، وقال أصبغ : على قدر طاقته يومَ بلغ السعيَ لو كان بحاله تلك يومَ وقعت الكتابة ، لأنه يومئذ وقعت عليه حمالة الكتابة ،

وإنْ وُلد بعد الكتابة للمكاتَب من أَمته أو المكاتبة ، ثم بلغ السعي قبلَ انقضاء الكتابة ، فلا سبيل لهم عليه في السعاية ، ولا في المال الذي في يديه ، إذا كانت الأم أو الأب في كتابة ، فإن احتاجوا سعى معهم أو أخذو المال من يده ، وقيل : تفض الكتابة عليه وعليهم ، كالموجود يومَ العتق ، وإنْ كان الصغير قادراً على السعي يومَ الكتابة فُض عليه كما يُفض على الكبير على قدر قوّته ، فللصغير ثلاثةُ أحوال : يعتق بعتقهم ، ولا يتبع ، ولا يسعى معهم ، والثانية : أنْ يسعى معهم ويفض[1] عليه ، والحالة الثالثة : لا يسعى ، ولا يؤخذ ماله إلاّ أنْ يحتاج إليه ، والزَّمِنُ كالصغير في أحواله إنْ كان زَمِناً يومَ العقد ، واستم لم يتبع ، وإنْ بقيت الزمانة قبل الأداء ، وكانت يوجادها[2] بها حين العقد فعليه السعي ، ويختلف فيما يحمل عليه كما تقدم في الصغير ، وإنْ كان مما لا يُرجَى وصار ذا تهود ومال لم يكن عليه شيء إلاّ أنْ يحتاج إلى معونة وإلى ما في يديه ، وعلى القو ، الآخر بعض الباقي عليه وعليهم ، وكذلك إنْ كان فيهم شيخ لا يقدر على السعي عُتق بعتقهم ، وإنْ وُهب له مال بعد ذلك لم يتبع بشيء ، وإنْ وُهب له قبل أنْ يصير للعتق جرَى على الخلاف إذا حدث الولَد بعد الكتابة ، ولا تجوز كتابتُك لعبدين لا شركة ساداتهما[3] فيهما ، فإن ترك هل يمضي ويفض عليهما وتسقط حمالة أحدهما عن الآخر أو يفسخ مالم يؤد نجماً ، أوصل[4] رامن الكتابة على الخلاف في الشروط الفاسدة في الكتابة إذا استثنى ما يُولَد ، أو شرَط الوطْء ، وإنْ كاتبت عبديكَ فأعتقتَ أَحَدَهما ، ورضي الآخر ، والمعتق أدناهما في السعاية ، جاز وسقط عن الباقي نصيبُ المعتق أو أقواهما ، أو مسا[5] ، وأَجَازه ابنُ القاسم إذا أمن العجز ، ومنعه غيرُه ، لأنه

---

(1) بالنسخة : وفيض .

(2) كذا ولعل العبارة : يرجى برؤها حين . .

(3) كذا .

(4) كذا ، ولعله : أوصار له من .

(5) كذا .

وسيلة للعجز ، والعبد ممنوع من الرضا بالعجز ، وإنْ قوياً وزمنًا ، فأعتقتَ القـوى ، فَعَلَى القولين ، وإنْ كانا كبيراً وصغيراً ، والصغيرُ يبلغ السعي قبل انقضاء الكتابة لم يعتق إلاّ برضا صاحبه ، ويحط لأجله ، وإنْ ولد بعد العَقد وبلغ أو صار له ما لم يعتق إلاّ برضا مَن معه ، لأن ماله قوة لهم إنْ احتِيج إليه ، ولا يحط لأجله شيء ، لأنه لم يكن عليه عند العقد شيء ، وإنْ أعتقتَ الأب قبل بلوغ الولد السعي رُد عتقُك ، لأنه يرق الإبن ، إلاّ أنْ يكون عتقه بعد زمانة ونحوِها فيرق الإبن إذا لم يكن في يد الأب مال ، أو كان له من المال ما لاَ يفِي[1] بالنجوم إلاّ أنْ يبلغ الإبن السعي ، فإن كان له ما يَفِي[2] بالنجوم أديت عنه ، وهـل يقبضها السيد أو يوقف ؟ خلاف .

قال ابن يونس : إذا زمن أحد المكاتبين فأدى الآخر عنه وعن نفسه فأعتقت الزمن قبل تمام الكتابة : قال أبو عِمران : يرجع عليه لأنك أسقطتَّ عنه باقي الكتابة ، وما أداه كدَين لَزِمه قبل العتق ، قال ابن حبيب : إذا أعتقت أحد المكاتبين ولم يجز الباقون ، قيل : يجري فيه القولان : فيمن آجر عبده ثم أعتقه ، أنه إذا قال : أردت عتقه الآن ، كانت بقية الإجارة للعبد ، فكذلك المكاتب إذا قصد عتقه للوقت ، فما أخذه منه يرده على العبد ، قال سحنون في عتق أحد المكاتبين : ينبغي أنْ ينظر إنْ أذنهم للسيد أنفعُ لهم أم لا ؟ والضعيف ينبغي أنْ يعتبر اذنهم فيه بخلاف القوي ، وإنْ دبّرت أَحدَهما ، ثم مات السيد لم يعتق إلاّ برضاء الآخر ، ويكون في الثلث الأقل من قيمته ، أو ما يقع عليه من بقية الكتابة وقيل : إنْ دبرتَ من لا سعاية فيه ، جعل قيمة الرقبة دون الكتابة لعجزه عنها ، وقيل هما سواء ، لأن الكتابة قائمة ، ورفقاؤه يؤدون عنه ، قال : وهو الصواب ، وإنْ كاتبتَ ثلاثة فأَبَقَ أحدهم وعجَّزهم السلطان ، فقدم الآبِق قوياً ، والسلطان الذي عجزهم قائم : قال المغيرة : القادم باقٍ على كتابته ، إنْ عُتق هو والمكاتبون معه ، ويرجع عليهم بما أدى ، وقيل : إنما ذلك إذا لم يعلم الغَائب ، أو

---

(1) بالنسخة : ما لا يفيء .

(2) بالنسخة : ما بقيء .

جهل وجهَ الحكم ، فعجز أصحابُه دونه ، فوجب نقض الحكم ، أما لو علم وتلوم له ، ثم عجز الجميع مضى الحكم عليه وعلىأصحابه ، قال محمد : وإذا زَمِن أحدُهما فقلتَ له : إنْ عجزت فأنت حر ، عُتق الآن ، لأنه يقنع في توقيفه ، وكذلك الصبي .

فرع

في **الكتاب** : له تعجيل المؤجل عليه ، ويلزمك أخذه كالدَّين ، ويعجل عتقُه ، قَضَى به عمرُ وعثمانُ رضي الله عنهما ، وإذا عَجَّل وضعتَ عنه ما عليه من سفر أو خدمة ، لأنه من آثار الرق فيَأباه الحديث . في **النكت** : إنما يصح قولُه إذا كانت الخدمة يسيرة ، أما الكثيرة فإنها ليست تبقى ، لأن الأقل مال ، وهي المقصودة فلا يسقط .

فرع

في **الكتاب** : إنْ كَاتَبه على نفسه وعلى عبدٍ لك غائبٍ ، لزم الغائب ، لأن هذا يؤدي عنه ويتبعه إنْ لم يكن يعتق عليه بالملك أنْ لو كان حراً ، كمَن أعتقه على أنّ عليه كذا ، فيلزمه المال ، وكالعبد يكاتب عن نفسه وعن أخ له صغير ، ووافقنا (ح) ، ومنع (ش) انعقادها في الغائب دون الحاضر ، **لنا** : القياس على التدبيرّ ، ولهم القياسُ على ما لو أُفرده بالعقد ولا يبعد[1] ابنها يلتزم افراده بنات على إجباره على الكتابة ، وفي **التنبيهات** : إلزام الغائب وإنْ كره دليل إجبار العبد على الكتابة ، وهو قول ابنِ القاسم ، وفيه خلاف . في **النكت** : إذا قدم الغائب فكَرِه لزمه ، واجره المكاتب الآخر ، ويعطيه من الأجرة مقدارَ نفقته ، والزائد على نفقته ، وإنْ أديا الكتابةَ وبقيت منه بقية فهي للذي كَرِه الكتابة ، وإنْ بقي على الذي كَره الكتابة دَرَكٌ ، طالبه صاحبُه بعد العتق بما يجب له عليه على قول مالك ، وعلى قول ابنِ القاسم ؛ لا يرجع عليه بشيء بعد العتق ، وهو خِلافُهما إذا أعتقتَ عبدك على أنّ عليه كذا ؛ فابن القاسم يسقطه ، ومالك يثبته ، قال ابن يونس : قال محمد : إنْ كاتبتَ

---

(1) كذا .

الحاضرين كُرها على كذا في كل نَجم فرضي أحدُهما وكَرِه الآخر لَزمه عند ابن القاسم ، ويرجع عليه ، كما لو كان غائبًا ، فإن الإجبار على الكتابة إحسان ، مع تحصيل مصلحة العتق ، لأن لك أخذ المال بغير عِتق .

فرع

في **الكتاب** : يمتنع جَمع[1] عبدَيْكما في كتابة واحدة ، وكل واحد حَمِيلٌ بما على صاحبه ، للغرر[2] إذ لو هلك أحدُهما أخذ سيدُ الهالك من مال الآخر باطلاً ، وهو يشبه الوقفَ ، ويمتنع حمالة الأجنبي بالكتابة ، إذا ليست بدَين ثابت ، وإنْ مات العبد أو عجز لم ينتفع الحميل بما أدى . في **النكت** : إذا نزلت حمالة الأجنبي وفاتت بالعتق ، رجع الحميل على المكاتب ، وتحاصص غرماؤه بما أدى عنه ، ولا يرجع على السيد ، قال ابن يونس : ومعنى الرقبى[3] التي شبه بها : دار بينكما حبستُماها على أنفسكما على أنّ مَن مات[4] منكما فنصيبه حبُس على الباقي ، فيأخذه بالباطل ، قال سحنون : إذا نزلت الكتابة لزمت ، لأن الحمالة لا تبطل الكتابة ، وأما عبدٌ بينكما ، أو ثلاثة ، أَعْبُدٍ بيْنَ ثلاثة لكل واحد ثلث عبد ، منعه أشهب ، لأن كل عبد تحمل لغير سيده بحصة لغير سيده ، وينقض إلاّ أنْ يسقط الحمالة ، فتكون كتابة كل واحد على حِدةٍ ، وعلى كل واحد ما يلزمه ، قال ابن ميسر : إنما يقبض كل واحد عن ثلث الكتابة ، فلم يقبض عن غير ماله شيئاً فيصح ، قال اشهب : وإذا كاتبتَ عبدَيك لا تَبع كتابة إحدهما ، ولا تتبع نصفَهما ولا نصفَ احدهما ، لأن النصف المبيع يتحمل عن من لا يملكه سيده ، ولك بيعُهما من رجل لا من رجلَيْن ، لأن كل رجل يتحمل على من لا يملكه ، وإنْ أسقطت الحمالة امتنع ، لأنه يضعفهم عن الأداء ، وجوز محمد بيعَهما من رجلَيْن ، ومن رجل نصف كتابتهما ، ولو ورثهما رجال جاز لكل مبيع نصيبُه ،

---

(1) بالنسخة : جميع .
(2) بالنسخة : الغرر .
(3) بالنسخة : الرقب .
(4) بالنسخة : على ان مات .

وقد أجاز ابن القاسم وأشهب بيعَ المكاتب أو نجماً بغير حينه ، قال : وأكره لكل من اشتَراهُمَا وللورثة قسمهما ، يأخذ هذا مكاتباً ، وهذا مكاتباً ، ويجوز قسمة ما عليهما ، ومنع ابنُ القاسم ما على المكاتب إلاّ عند انقضاء كل نجم ، لأنه ليس دَيناً ثابتاً ، وجوز محمد كتابةَ رجلين عبديهما كتابة واحدة .

فرع

في **الكتاب** : إذا غاب أحد المكاتبين أو عجز الحاضر ، لم يُعجِّزهما إلاّ السلطان بعد التلوُّم ، وكذلك إنْ غاب المكاتب وحَلَّت نجومُه فأشهد السيد أنه يعجزه ، ثمّ قَدِم فهو على كتابته ، ولا يعَجزه إلاّ السلطان ، وإذا كان المكاتب ذا مال ظاهر : فلَيس له تعجيل نفسِه ، فإن لم يظهَر له مَال[1] ، فذلك له دون الإمام ، وكذلك إنْ عجّز نفسه قبل محِل النجم بالأيام أو بالشهر ، وإنما الذي لا يعجزه إلاَّ السلطان الذي يريد سيده تعجيزه بعد محل ما عليه ، وهو يأبى العجز ويقول : أؤدي إلاّ أنه مطل ، فإن عجز نفسه وهو يَرَى أنَّه لا مال غيره فَظَهر مال غائب أخفاه ، أو طرأ له ، فهو رقيق ، ولا يرد ما رضي به ، قال ابن يونس : قال ابن كنانة : إنْ عجَّز نفسَه وهو يكره الكِتابة وأَشْهَدَ بذلك رَجَع مملوكاً[2] وإنْ كان له مال ظاهر ، وفيه ثلاثة أقوال : لا يعَجزه إلاّ السلطان على كل حال ، وله تعجيزُ نفسِه على كل حال ، وله إنْ لم يكن له مال ظاهر وإلاَّ فلا ، قال محمد ، إنما له تعجيزُ نفسع وَلا مالَ له إذا كان وحده ، وإنْ كان معه ولدُه فلا تعجيزَ له ، ويلزمه السعي ، وإنْ تبين لرده عوقب ، قال اللخمي : إذا دَعَا السيد إلى فسخ الكتابة فللمكاتب الإمتناع من ذلك لحقه في العتق ، وإنْ رضي فللسيد المنعُ لحقه في المال والولاء وثواب العتق ، فإن رضي فهو موضع الخلاف ، قال محمد : إنْ كان مانعاً لا مال لـه[3]

---

(1) بالنسخة : قال .

(2) بالنسخة : مملوك .

(3) كذا .

تعجيز نفسه ، وقال سحنون : ليس له إلاّ عند الإمام ، فإنْ كانت مناعتُه قائمة وهوقادر على الوفاء منعه ، والرضا[3] مطلقاً قياساً على البيع ، إذا رضيا بالإقالة والمنع لما يتعلق بالـعَـصَبات البعيدة من حـق الوَلاء ، وحـق الله تعالى في العتق ، وعلى المنع إذا رضي ولم ينظر في ذلك حتى فات ببيع أو عتق من المشتري : فقيـل : البيعُ فَوت ، كالبيع الفاسد ، وقيل : لا يفوت إلاّ بالعتق ، وقيل : ليس يفوت ، وينقَض العتق كبيع المعتق ، والفوت بالعتق في الكتاب ، وقال (ح) : العَقد لازم ، وليس له الرضا بتعجيز نفسِه ، ويُلزِمـه الحـاكم بالأَداء ، ولا يُجبره على الكسب إذا لم يكن له غير اكتساب بغير مال ظاهر ، وقال (ش) : هـو عَقد جائز من قِبَل العبـد ، فله الإمتناع مع قُدرتـه على المال والكسب . **لنا** : القياس على البيع ، فإن المشتري يجبر على دَفِع الثمنِ ، وكما لو أعتقه على مال برضاه . **احتجوا** : بأنه شرط لا يلزم العبدَ لو لم يعلق عليه العتق ، فلا يلزمه عند التعليق ، كما لو كان الشرطُ دخولَه الدار ، ولأنه مال لا يصح ضمانُه فلا يلزم ، كالجُعالة وغيرِها من العقود الجائزة ، عكسه ما يضمن يلـزم كالبيع .

والجواب عن الأول : أنّ للسيد إجبارَه على دخول الدار ونحوه تحصيلاً لمقاصد العتق .

وعن الثاني : أنا نمنعه ، فإن ضمان المجهول عندنا يجوز في الجهالة وغيرها .

فرع

في **الكتاب** : له تعجيل كتابتـه وأنت غائب لا وكيل لـك ، يدفعها للإمـام ، ويعتق كالدّين ، وإنْ حال[1] نجمٌ وله عليك مثلُه قاصداً إلاّ أنْ يفلس فيحاصّ غرماءك إلاّ أنْ يقاصد[2] قبل قيامهم ، ولا يأخذ غرماؤه ، ما دفع[3] لك إلاّ أنْ يكون

(1) كذا . ولعلها : حل .

(2) كذا .

(3) بالنسخة : وما .

من أموالهم فيأخذوه ويرق ، وإنْ لم يعلم ذلك عُتق ، فإن قاطعك على ما بقي عليه بعبد فظَهر مسْروقاً رجعت عليه بقيمَته كالنكاح ، قاله مالك ، وقال ابن نافع : إنْ لم يكن له مال عاد مكاتباً كالمبيع يستحق ثمنُه ، وقال أشهب : لا يرد عتقه إذا تمت حريتُه ، ويتبع بذلك ، قال مالك : وإنْ قاطعك على وديعة فاعترف يرد عتقه ، قال ابن القاسم وغيره : إنْ غرَّ سيده بما لم يتقدم له فيه شبهة ملك رد عتقه ، وإلاّ مضى[1] عتقه واتبع بقيمة ذلك دَيناً ، وإنْ كان مديانا فليس له مقاطعة سيده ، ويبقى لا شيء عليه ، لأن الغرماءَ أحَق من السيد ، فإن فَعَل لم يجُز ، قال ابن يونس : اختلف في قوله : إنْ علم أنه من أموالهم ، هل يريد : أموالهم بعينها ، أو دفع[2] وقد استغرق ما كان بيده : والذي أرى إنْ دفع وهو مستغرق الذمة فلهم رده ، لأنه تولد عن أموالهم ، ولذلك منع الحر من العتق والصدقة ، وإذا استغرقت الدَين فكذلك يمنع من عتق نفسه ، وقد منعه من المقاطعة لِحَق الغرماء ، وقيل : إذا لم يعلم ذلك من أموالهم أم لا ، لم ينقض العتق ، ولو اعترف بذلك السيد فالقياس : نفوذ العتق ، ويرجع الغرماء على السيد بما قبض لإقراره أنهم أولَى[3] منه ، قال سحنون : فإن زعم أنّ كل ما كسبه المكاتب من عمل يده قبل عجزه فإنه للغرماء ، لأنه أحرزه عن سيده ، وفي **الكتاب** : إذا مات وترك مالاً فغرماؤه أحق به ، ولا يحاصهم السيد بما قَاطعه ، كما لا يحاص بالكتابة ، وإنْ عجز المكاتب وعليه دَين بقي دَين الناس في ذمته دون رقَبته ، لأنه لم يأذن فيه السيد ، وإنْ كاتبتَه وعليه دَين كتمه يسيراً[4] ، بدأ بقضائه قبل الكتابة أو كثيراً تؤخر نجومه ، خيّره في فسخ كتابته وتركِها حتى يؤدي دَينه ثم يستقبل نجومه ، قال اللخمي : إذا استحق ما أخذه السيد من كتابةٍ أو قِطاعةٍ ، والمكاتب مُوسِر غَرم مِثل ما أخذ من السيد ، له فيه شبهة أم لا ، أو معسراً[3] ولا شبهة له فيه ، أجبر رد الكتابة إنْ رجي

---

(1) بالنسخة : ولا امضي .

(2) كذا .

(3) بالنسخة : أولى .

(4) كذا .

له مال ، وإلاَّ رق وسقطت ، ولا يفعل الحق بالباطل ، أوله فيه شبهة ، اتبع في ذمته ولا يرد الكتابة ، قاله ابن القاسم ، ومحمل ذلك على أنّ السيد أعتقه عند دفع ذلك إليه ، وإلاّ رد عتقه ورُق إنْ كان لا يُرجَى له مَال[1] ، إلاّ أنْ يكون الإستحقاق بعد أن طال أمرُه ووراه[2] الأحرار .

فرع

قال اللخمي : له إعطاء كتابته مِن خراجه من ربح تجارته وهباته ونحوِ ذلك ، فإن كان صانعاً يحتاج لرأس مال فلا يقضي إلاّ من الفاضل بعد قضاء ما داين عليه لتلك[3] الصنعة ، وإنْ نقص رأس المال لا يؤدي من الربح حتى يجيز الوضيعة ، وإنْ وهب هبة وقصد الواهب أنْ يوفي منها كتابته جعلها للكتابة ، وإنْ لم يقصد الواهب شيئاً خُيِّر بين الكتابة وغيرها .

فرع

في **الكتاب** : ليس له التزوجُ وإنْ رآه نظراً ، أو يسافر بغير إذنك فيبدل[4] إبطال كتابته ففعل فذلك[2] الإمام ، لتعلق حق الله تعالى بالعتق ، قال ربيعة : ليْس لك فسخُ الكتابة في بعيد السفر إلاّ بالإمام ليجتهد في كونه بعيداً أم لا ، وإنْ تزوج فرق بينهما وانتزع ما أعطاه منها ، قال اللخمي : أما إنْ كان صانعاً أو تاجراً قبل الكتابة فَلك منعُه ، لأن مقصودَك أنْ يوفيك من الذي حدث[2] به عادته ، فإن بارت الصناعة أو التجارة واحتاج للسفَر فلك منعُه إلاّ أنْ يأتي بحميل بالأداء من الباقي من كتابته أو قيمته ، وإنْ كان شأنه الكسبَ بالسفر قبل الكتابة لم يمنعْه ، ولا يلزَمه حميلٌ ، وإنْ أحب السفر إلى موضع يحل النجمُ قبل رجوعه منع ، وإنْ كان يسود[2] قبل ذلك وهو مبهم[2] فتعدى ويج[2] هنالك منع .

---

(1) بالنسخة : قال .
(2) كذا .
(3) بالنسخة : لذلك .
(4) كذا .

فرع

في **الكتاب** : يتبعه ماله من رقيق ، وعرض ، وعين ، ودَين ، ليلا يتعذر الوفاء بالكتابة ، وليس له أخذه بعد الكتابة إلاّ أنْ يشترطه عند العقد فهو لك ، ولا يتبعه ولد متقدم وإنْ كتمه ، لأنه ملكك ولم يتناوله العقد ، ولا حملُ أمته ولا أمة تبع لـه ، لأنها ماله ، ولأنه إذا فلس أخذ مالَه دون ولده ، وكذلك البيع ، وقال ابن يونس : والمكاتبة إذا كوتبت حاملاً تَبِعها ولَدها ، قال محمد : وإنْ كاتب عبدَه عليه وعلى أم ولده كتابةً واحدة أو مفترقين جاز ، ويحرم على المكاتب أمته ، لأنها[1] وولاؤها للسيد ، وإنْ مات المكاتب بيعت وحدَها ، لأنها في عَقد الكتابة ، وإنْ ترك وفاءه عتقت فيه ، واتبعها ولدها منه ، وإنْ تزوجها المكاتب بعد أنْ كاتَبها السيد ، فلا يرجع عليها السيد ولا الولدُ بما أدى عنها من مال زوجها الميت ، قال اللخمي : إنْ كان له مال فَكَتَمه : قال : مالُكَ للعبد ، والأحسن أنْ يكون للسيد إنْ ظن أنّ السيد لو علم به لا ينزعه قبل الكتابة ، ثم يكاتبه ، وإنْ علم أنه يتركه في يده ويزيد في كتابته ويعلم بذلك قبل أنْ يؤدي الكتابة ، فإن رضي العبد بتلك الزيادة وإلاّ فسخت الكتابة إلاّ أنْ يرضى العبد بتسليم ذلك المال ، وإنْ اشكل الأمر صُدق العبد فيما يقوله من ذلك .

فرع

في **الكتاب** : إنْ أعانه قوم بمال يؤدي منه كتابتَه وفضلت فضلة ردها عليهم بالحِصص إنْ قَصَدوا فك رقبته لا الصدقةَ عليه ، وإنْ عجز لم يرد عليه مع قبضه منه قبل العجز من كسب أو صدقة عليه ، فإن أعانوه لفك الرقبة فلم يفك بالكتابة ، رَجَع كل بما أعطى إلاّ أن يحلل منه المكاتب ، فيكون له ، وإنْ أعانوه صدقته[1] لا على الفكاك فَعَجَزَ ، حل لك ذلك ، قال ابن يونس : قال أشهب : إنْ أعانوه على الفكاك وعَجَزَ فَعَرَفَهم رده عليهم ، وإنْ لم يعرفهم جعله في مكاتَبين ، أو في رقاب ، لأن مقصودَ الدافع قربةُ العتق ، قال سحنون : إنْ لم يَعْرفهم وُقف

---

(1) كذا .

المال بيدِهِ أبداً ، لأنهم إنما قصدوا الإحسان إليه خاصةً ، وهذا المال كالوديعة ، قيل : يعمل صاحبها ويتصدق بها ، فإن قالوا : أُردنا فَكاكَ الرقبة ، وقال السيد : بل الصدقة ، حمل على عُرف البلَد ، فإن كان معهم صُدقوا مع أَيْمانِهم ، قال اللخمي : إذا كان الحكمُ رد الفضلة[1] وأخذ المال من رجلين ولم يدر أيَّهما هي تحاصا من فكاك[2] الفضل ، فإن عرفتَ من أي المالين هي كانت لصاحبه أعطى أولاً أو آخراً ، وإنْ أعطاه ذلك من زكاة ولم يوف ، انتزع من السيد ، إلاّ أنْ يكون فقيراً ، وإنْ فضلت في يد العبد جاز له حبسُها إنْ كان ممن يجوز له الزكاة ، وإنْ أخذ مالَـيْن وفي كل منهما كفاف أمر أنْ يؤدي من الأول ، ويرد الثاني ، فإن أدى من الثاني خيّر الأول بين أخذ ماله بعينه ، أو يدفعه للثاني ويبقى له الآخر .

فرع

في **الكتاب** : إنْ أَعْتَقْتَ نصفَ مكاتَبِك في صحتك في غير وصية ، فهو وضعُ مال ، فيوضع عنه نصف كل نَجْمٍ ، ولا يَعْتِقُ عليك إنْ عجز أو وضعت حصتك من المشتري أو أعتقها ، وضع لك من كل نجم ، فإن عجز رق لكما ، وإنْ مات مكاتباً أخذ المتمسك مما تَرَكَ ما بقي له ، وما ترك بينكما ، ولو كان عتقاً لكان للمتمسك خاصة ، ويقوَّم على المعتق ما بقي من الكتابة ، ولكان من ترك مكاتباً وورثهُ بنون وبنات فأعتَق البناتُ حصتهن ، أنّ لهن وَلاَء نصيبهن ، وهن لا يرثن من ولاء المكاتب شيئاً ، وإنْ أعتقن نصيبَهن ، وإنما يرث ولاءه ذكوراً[3] ولد السيد أو عصبته من الرجال ، ولو كان لك مكاتب[4] فأعتقتَ نصفه لم يعتق عليك النصف الباقي إلاّ باداء بقية[5] الكتابة وإنْ أعتق المريض بعض مكاتبه وضع حصة ذلك من كتابته ، وإنْ عجز عتق ذلك الشقص من ثلثه ، لأنه وصية للعبد ، قال ابن يونس : قال محمد : إنْ قلتَ

---

(1) بالنسخة : الفضيلة .

(2) بالنسخة : من فوك لك .

(3) كذا .

(4) بياض بقدر كلمة .

(5) بالنسخة : البقية الكتابة .

لعبد : إنْ كلمتُ فلاناً فنصفك حر ، فكاتبتَه ، ثم كلمتَ فلاناً ، وضعتَ عنه نصف ما بقي من الكتابة يومَ الكتابة ، وإنْ عجز رق كله ، ولا يلزمك حنث ، كمن أعتق نصفَ مكاتبه ، وكذلك حنث أحد الشريكين بَعْدَ أنْ كاتباه ، وإنْ حَلفتَ بحرية جميعِهِ ، ثم كاتبتَه[1] مع آخر ، ثم حنث عتق إنْ عجز ، ولا يعجّل عتقُه حتى يعجز ، وهو كمن أعتق أحد مكاتبيه ، فإن أعتقتَ عضواً من مكاتَبك عُتق جميعُه ، لأنك قاصدٌ للعتق ها هنا ، لا وضـع الكتابة ، بخلاف عتق الحر ، قال ابن سحنون : إنْ قلـتَ : أخدم فلاناً وأنتَ حر ، فوضع عنه المخدَم نصفَ الخدمة ، فإن أراد أنه تَركَ له خدمةَ نصف سنة ، فهو كذلك ، أو تمليك سيده ، وإنْ شركه فيها عتق المكاتب[2] كله ، كمن وهب لعبده نصف خدمته ، لأن الخدمة كالرقب ، فكأنه وهبه نصفَ رقبته ، ومن عَّلق العتق على الخدمة فعجَل العتق عُتق ، وَسقطت[3] الخدمة ، والمكاتَب إنما يملك فيه مالاً يعتق نصفه[4] وضع مال فقط ، قال ابن القاسم : إنْ وضعت نَجماً بغير عينه ، وهي عند الموت ثلاثة ، وضع عنه من كل نجم ثلثُه ، فإن أدى عُتق ، وإنْ عَجَز عتق ثلثُه ، وإنْ أوصيت بالنجم الأول اعتبرت قيمتُه لو بيع قرب محله ، فإن كانت عشرةً وقيمة بقية النجوم على محل آجالها عشرة ، فالوصية بالنصف من رقَبتـه ، فيجعل في الثلث الأقل من نصف قيمة رقبته ، أو قيمة ذلك النجم ، فأَيُ ذلك حمله الثلث عتق نصفُه ، ووضع عنه ذلك النجم بعينه ، وكذلك يعمل في النجم الآخر والأوسط ، فإن لم يدع غير المكاتب[5] : خيّرالورثةُ بين وضع ذلك النجم وعتِق نصفه ، أو يعتقوا ثلثَه ، ويوضع عنه من كل نجم ثلثُه ، قال اللخمي : إنْ قلتَ : إنْ متُ فنصف مكاتَبي حُر عن ذلك النصف من ثلثه ، فإن عجز عن الأداء في النصف الباقي كان نصفُه عتيقاً .

---

(1) بالنسخة : كاتبه .
(2) بالنسخة مكاتب .
(3) بالنسخة : فسقطت .
(4) كذا . والكلام غامض .
(5) بالنسخة : الكاتب .

فرع

في **الكتاب** : يمتنع وطؤها ، فإن فعلتَ درىء الحدُّ بالشبهة ، أكرهتَها أم لا ، ويعاقب ، إلاّ أنْ يعذَر بالجهل ، ولا صداق لها ، ولا ما نقصَها إنْ طاوعته[1] ، وإنْ أكرهها فما نَقَصَها ، وعلى الأجنبي اَرشُها بكل حال ، إذ قد يعجز فترجع معيبَةً[2] لسيدها ، وهي بعد وطْء سيدها على كتابتها ، فإن حملت خُيِّرت بين أنْ تكون أم وَلد ، وتمضي على كتابتها ، وإنْ جنى على جنينها ففيه ما في جنين الحرة موروث على فرائض الله تعالى ، لأنه من السيد كجنين أم الولد ، قال ابن يونس : قال سحنون : إنما ينقصها إذا كانت بكراً ، ولها إذا حملت أنْ تُعجِّز نفسها ، وترجع أمّ ولد ، ولها مال كثير وقُوة على السعي ، قال مالك : وإنْ اختارتْ الكتابة فنفقتُها على سيدها في الحَمل ما دامت حاملاً كالمبتوتة ، فإنه ينفق على ولده ، وقال أصبغ : نفقتها على نفسها لاختيارها الكتابة ، والمكاتبة نفقتُها عليها حتى تعجز .

فرع

في **الكتاب** : إذا ولدت بنتاً ، وابنتُها بنتاً أخرى ، فَزَمِنت البنت العليا ، فأعتقها جاز ، وبيعت الأم مع السفلى ، وبيعت السفلى ، ولو ولدت السفلَى فولدُها حُر ، ولا يخرج من الكتابة ، وتسعى هي معهم ، إلاّ أنْ ترضي هي وهم بإسلامها إلى السيد ، ويحَط عنهم حصتها ، وتصير حينئذ أم ولد لك ، قال سحنون ، إنْ كان معها في الكتابة من يجوز رضاه ، قال ابن يونس : وإنْ كان في قوتها ممن يرجى نجاتهم بها ، ويخاف عليهم إذا رَضُوا بإجارتها العجزُ ، امتنع ، إذ ليس لهم أنْ يرقوا أنفسَهم ، وقال بعض الرُّواة : يمتنع وإنْ رَضوا ورضيت ، وإنْ كانت قوتُهم مثل قوتها ، لأن حالهم قد يتغير ، ويبقى معهم إنْ عتقوا عتقه ، وإنْ عَجَزُوا كانت أم ولد ، ويعرف ما يخصها من الكتابة ، بأن يعرف كم يلزمها حين بلغت السعي أنْ لو كانت هكذا يوم عقد الكتابة ، فيحط عنهم قدرُ ذلك على القول بجواز ذلك ، قال محمد : وإذا كاتب

---

(1) بالنسخة : إنّ طاوعتك .

(2) بالنسخة : معينة .

المكاتَبُ أمتَه بإذن السيد ، ثم وطئها المكاتَب فحَمَلت ، فلا خيار لها في التعجيز ، وإنْ أدَّت[1] عتقت وولدَها ، وإنْ أدى المكاتب قبلها عُتق مع وَلدها ، وسعت فيما بقي عليها إنْ شاءت ، أو عجَّزت نفسها وبقيت أمَّ ولد ، وإنْ مات في كتابته قبل خروجها ، وتَرَكَ وفاء كتابته ، عُتقت مع ولدها ، وإنْ بلغ الولد قبل عتقها سَعَى مع اقربهما عتقاً وعتق ، وإنْ كان معه ما يؤدي عن أبويْه أخذ من ماله ما يؤدي عنهما وعتقوا ، وإنْ ماتت هي أولاً وتركتْ مالاً أخذ المكاتب[2] من مالها ما بقي عليه ، وعتق هو وولدها ، وورث الولد ما بقي من مالها ، فإن لم يكن فيه وفاء ، فللولد أخذه ، والسعاية فيه ، وإنْ لم يدع شيئاً فإن أدى عتق ، فإن كان سيد المكاتب هو الذي وطيء هذه المكاتبة فحَمَلَت ، قال ابن القاسم : لها الخيار في تعجيز نفسها ، وتكون أم ولد للسيد الواطىء ، ويغرم قيمتها للمكاتَب ، ولا شيء عليه في الولَد ، وليس للسيد أنْ يحسَب بالقيمة المكاتبة[3] في كتابتها إلاّ أنْ يشاء المكاتب ، وإنْ أختار البقاء على الكتابة غَرم قيمتها يوم وطئها ، قيمةَ أمةٍ توقف خيفة أنْ يعدم الواطىء عند العجزا، وولده حر مكانه ، وإنْ أدت عُتقت ، وأخذ الواطيء القيمةَ ، أو عجزت فالقيمة لسيدها المكاتب ، وهي أم ولد السيد الواطيء ، وإنْ ماتت قبل الأداء فالقيمة لسيدها المكاتب ، وعنه إنْ ماتت قبل الأداء أخذ من القيمة الموقوفة قيمةَ الولد ، فدفعت للمكاتب ، ورجع باقيها للواطيء ، وإنْ اشتريتَ أمة فأولدتَّها فاستحقت لأنها[4] مكاتبة ، غَرمتَ قيمة الولد ، ويأخذه السيد ، ويحسُب لأمته من آخر كتابتها ، لأن هذه ترجع لرق الكتابة ، ولا تكون أمَّ وَلَد الواطيء ، فولدُها بمنزلتها ، فلذلك غرم الأب قيمتَه ، ولولا السنة التي جرَتْ بحريته لكان مكاتَباً مع أُمه ، وإنما فداه أبوه عن الكتابة ، لأنه لو تأخر الحكم عن الأب حتى أدت الأمُّ الكتابة وعتقت ، لم يكن عليك قيمة ، ومَن وطيء مكاتبةَ ابنِه : قال ابن القاسم : إنْ حملت خُيرت بين أم الولد

(1) بالنسخة : وديت .

(2) بالنسخة : المكاتبة .

(3) بالنسخة : المكاتب .

(4) كذا .

والكتابة ، فإن ولدت عُتقت ، أو عجزت قُوّمت عليه ، وقال سحنون : ليس له نقلُ الولاء إلاّ بعجز ، وإذا عجزت خير الإبن في تقويمها على أبيه ، والمعروف لأصحابنا لا بد أنْ يقومها عليه ، لأنها أم ولد له ؛ قال ابن القاسم : إنْ اختارت البقاء على الكتابة ، وقفت القيمة ، أو عجزت ، أخذها الإبن وصارت أمَّ ولد ، وإنْ جنى عليها قبل عجزها ما يقى عقله بعتقها ، عتقت ، ورجعت القيمةُ إلى الواطيء ، وإلاّ بيعت فيما بقي عليها ، فإن أدت عُتقت ، أو عجزت حُوصص واطؤها بما أخذ سيدُها من ثمن خدمتها فيما عليه من القيمة ، وإنْ اصابها ذلك بأمر سماوي ، ثم عجز أخذ الإبنُ القيمة بالإحصاص .

فرع

في **الكتابة** : لا يباع المكاتَب وإنْ رضي لثبوت الولاء لعاقد الكتابة ، ويرد البيع ، إلاّ أنْ يعتقه المشتري فيمضى ولاؤه له إنْ كان العبد راضياً كأنه رضي بالعجز ، وكان مالك يقول : إنْ بيعَ المدبَّر فأعتقه المبتاعُ رُدّ بيعُه ، ثم قال : لا يُردُّ ، لأنَ المقصود هو العتق . وقال غيره : عَقد الكتابة قوي فيرد وينقض العتق ، وقال أشهب : هذا إذا لم يعلم المكاتب بالبيع ، وافَقَنا في منع بيع المكاتب (ح) و(ش) في أحد قولَيْه .

لنا : نهيهُ[1] ﷺ عن بيع الولاء وعن هبته .

فرع

في **الكتاب** : إنْ كاتَب المكاتب عبداً له فبيعت كتابة الأعلا تبعه مكاتبه لأنه ماله وأدى الأسفل للأعلا ، فإن عجز الأسفل رد للأعلا ، وإنْ عجز الأعلا رُقاً معاً للمشتري ، وإنْ عجز الأعلا وحده أدى الأسفل للمبتاع وعتق ، فَوَلاَؤُه للبائع ، وإنْ لم يبع الكتابة وعجز الأعلا وأدى الأسفل للسيد الأعلا فولاؤه له ، وإنْ عتق الأعلا بعد عجزه لم يرجع إليه ولا الأسفل ، ولا

(1) رواه مالك في **الموطا** كتاب العتق والولاء ، باب مصير الولاء لمن اعتق ، عن ابن عمر . ورواه البخاري في العتق ، باب بيع الولاء وهبته ، ومسلم في العتق باب النهي عن بيع الخ .

شيء مما أدى للسيد ، لأنه بالعجز رجع رقيقًا ، وماله وما على مكاتبه للسيد ، وكتابةُ المكاتب عبدَه لابتغاء الفضل جائزة ، وإلاّ امتنعت لأنه من باب العتق ، وكذلك قولُه لعبده : إنْ جئتَني[1] بكذا فأنت حر ، إلاّ أنه يُتَلَوّم للعبد في هذا ، ويجوز بَيعُ كتابة المكاتب إنْ كانَت عَيناً بعَرض نقداً ، أو عَرضاً بعَرض مخالِفٍ له ، أو بغير نقد ، وما تأخر كان دَيناً بدَين ، ويتبعه في بيعها مالُه ، قال ابن المسيب : المكاتَب أحق بكتابته إذا بيعت بالثَمن ، ومنع (ش) و(ح) بيعَ الكتابة . **لنا** : قوله تعالى : ﴿**وَأَحَلَّ اللهُ البَيْعَ**﴾[2] وقوله تعالى : ﴿ **أَوْفُوا بِالعُقُودِ**﴾[3] ولأنها ملك للسيد ، وبيع المملوك جائز **احتجوا** : بنهيه[4] ﷺ **عن بيع**[5] . ولأن المشتري لا يدري أيحصل له النجوم أو الرقَبة ؟ فهو كما لو باعه ثوبًا ، فإن لم يجده أخذ عبده ، وهو باطل إجماعاً ، ولأن سعايتَه للمشتري لا يدري أيأخذ نجوماً ، أو بعضَها ، أو رَقَبة ، ولأنه قد يموت قبلَ النجوم فيذهب الثمن باطلاً .

والجواب عن الأول : أنه مخصوص بما في مسلم[6] : **(أنّ عائشة رضي الله عنها جاءتها بَريرة تَستسعيها في كِتابتها ولَم تكن قَبَضَت من كتابتها شيئاً ، فقالت عائشة رضي الله عنها : أرجعي إلى أهلِكِ ، فإن أحبوا أنْ أقضيّ عنكِ كتابتَك ، ويكونَ ولاؤُكِ لي فَعلتُ فذكرتْ ذلك فانتَهَرتُها وقلتُ لاها الله ، فَسمع رسولُ الله ﷺ فَسألني فأخبرتُه ، فقال : اشتَرِيها وأَعتقيها واشتَرطي**

---

(1) بالنسخة : وكذلك قوله لعبده جئتني بكذا .
(2) (البقرة : 275) .
(3) (المائدة : 1) .
(4) إن كانت الكلمة الساقطة : المكاتب أو المكاتبة ، فإني لم أقف على هذا النهي ، وانما وقفت على النهي عن بيع المدبر ، رواه الدارقطني والبيهقي عن ابن عمر مرفوعاً ، وضعفاه وحكم بوضعه شيخنا الألباني في (ارواء الغليل 177/6) .
(5) كذا ولعله : عن بيع المكاتب .
(6) رواه البخاري في البيوع والعتق والمكاتب والهبة والشروط والنكاح والطلاق والاطعمة والفرائض ، ومسلم في العتق ، عن عائشة .

لهم الوَلاَء ، فإنما الوَلاء لِمَن أعْتَق ، ثم قام رسول الله لله فقال : ما بال الناس يشترِطون شُروطاً ليستْ في كتاب الله عز وجل ، مَن اشتَرط شَرطاً ليس في كِتابِ الله فَلَيس له ، وإنْ شَرَطَ مائةَ مرة ، شَرْطُ الله أحَقٌّ وأَوثق).

فوائد

قال صاحب **المفهم** : ظاهر الحديث : فسخُ الكتابة وبيع المكاتب ، وقاله بعض العلماء شاذاً ، وتأوله الجمهور ، فإن الكتابة لم تكن انعقدت ، ومعنى : كاتبتُ أهلي أي رَاوَدْتُهم على الكتابة في أجَلها ومبلغها ، والظاهر خلافُه ، وقيل : بيع الكتابة ، وهو فاسد ، لأمن أجاز بيعَ الكتابة لم يحصل الولاء للمشتري : وقيل : عجزت فاتفقت هي وأهلها على فسخ الكتابة ، وإنما يصح إذا قلنا : إنّ التعجيز غير مفتقر الى حكم حاكم ، وهو المعروف من المذهب خلافاً لِسحنون ، لأن الحي لا يعدرهما[1] ، أو يلاحظ أنّ فيها حقاً لله ، وأنهما يتهمان عليه ، ويدل على العجز قولُها : ولم تقض من كتابتها شيئاً في بعض الطرق ، وقضاء الحق إنما يكون بعد استحقاقه ، وجاءت تستعينها ، وذلك عجز ظاهر ، وقولها : لاها الله بمَدّها : يحتمل أنه من قول بَريرة : أي لا أستسفهكَ ، أو مِن قول عائشة[2] : أي لا اشترط لهم الولاء ، وقوله : واشترطي لَهُم الوَلاء ، لم يروِها أكثرُ الرُّواة ، وهي مشكلة من جهة أمره ﷺ باشتراط ما لا يجوز ، وإدخالهم في الغَرر[3] وبالخديعة ، وذلك كله محال على النبي ﷺ ، **وأجيب** بأن : **هم** ، بمعنى : **عَلَيهم** كقوله تعالى: ﴿**وإنْ أسأْتُمْ فَلَهَا**﴾[4] أي عليها ، وقوله تعالى : ﴿**أُولَئِكَ لَهُم اللَّعْنَةُ**﴾[5] أي عليهم ، أو معنى الأمر الإباحةُ والتنبيهُ على عدم النفع ، أي اشترطي أو لا

(1) كذا .

(2) بالنسخة : عايتد .

(3) بالنسخة : في الغرور وبالخديعة .

(4) بالنسخة : بقوله ، والآية في (الإسراء : 7) ونصها : إنْ أحسنتم أحسنتم لأنفسكم ، وإنْ أسأتم فلها .

(5) (الرعد :25) .

تشترطي فإنه لا ينفعهم ، أو إنْ عدمَ نفع ذلك كان مشتهراً فلا غَرر[1] ، وأطلق الأمر ، أي هم يعرفون أنّ ذلك لا ينفع لقوله تعالى : ﴿**وَقُلْ اعْمَلُوا فَسَيَرَى اللهُ عَمَلَكُمْ**﴾[2] ويريد أنه ﷺ بدأ بالإنكار ، ولو كان الحكم مجهولاً لبدأ بالتعليم ، وقيل : اشترطي لهم ، أي اَظهِري لهم حكمَ الولاء ، والإشتراط : الإظهار لغة أيضاً ، قال[3] أوس بن حُجر :

فأظهَر فيها نفسه وهو معلم   وألقى بأَسباب له وتوكَّلا

أي أظهر نفسَه لما أَراد أنْ يفعل ، ويقرب منه قوله تعالى[4] : ﴿**فَقَدْ جَاءَ أَشْرَاطُهَا**﴾ أي عَلاَماتها التي تُعلِم بقُربها ، وهذا للخطَّابي ، والثلاثة الأُول للمالكية ، فهذه أربع تأويلات ، وقوله : (كل شرط ليس في كتاب الله) أي ليس فيه اجمال ولا تفصيل .

وعن الثاني : أنّ المبيع في الحال أنما هو الكتابة ، كبيع الديون والرقبة أمر تؤدي إليه الأحكام ، كمن أسلم في موصوف ، فيتعذر عند الأجل فيأخذ الثمنَ ، وهو جائزٌ إجماعاً ، ولمالك ، توقُّع الإستحقاقِ والردِّ بالعيب يرد فيه الثمن ، ويفارق بيعَ أحد عبدين مختلفين ، لأن المبيع ليس معيّناً ، وها هنا معين .

وعن الثالث : أنه في السلَم لا يدري أيأخذ بعض المُسلَم فيه أو كله أو الثمن ؟ .

تفريع

قال ابن يونس : قال مالك : المكاتب أَحق بكتابته إذ بيعت لأنه أخف للغرَر وأعذر من الأجنبي إنْ بِيعت كلها حتى يعتق ، وليس أحق بِبَيع بعضها لعدم العتق

(1) بالنسخة : فلا غرور .

(2) (التوبة : 105) .

(3) رواية البيت في الديوان والحيوان للجاحظ هكذا : فأشرط فيها نفسه وهو مُعِصم الخ وانظر شرحه بهامش (23/5) من الحيوان للجاحظ .

(4) (محمد : 18) .

في الكل بل في البعض ، قال مالك : ويرثه المشتري إذا مات كاسترقاقه ، وكذلك في الهبة ، والصدقة ، وإنْ كان المتروك أكثر من الكتابة ، وإنْ وهبت كتابته فعجز : قال ابن القاسم : يُرق الموهوب له كالبيع ، وعنه : يرجع للواهب ، لأن الهبة لَم تتناول الرقبة ، والفرق : أنّ الثمن بدل يرجع في مبدله عند التعذر . والهبة لا بدل فيها ، وقال أبو بكر ابن عبْد الرحمن : إذا اشترى الكتابة وظهر فيها عيب وأدى ، فلا رجوع للمشتري ، لأنه قد حَصَل له ما اشترى ، أو عجز ، رق له ، وله رده بالعيب ، ويرد جميع ما أخذ من الكتابة ، ولا يكون ذلك كالغلة ، لأنه لو اقتضى تسعة أعشار الكتابة ، ثم عَجَز فرد بالعيب ، يكون له ما اقتضى ، لأن الكتابة هي نفس المشتري ، لا الغَلة المشتري ، وقيل : لا يرد كالغَلة ، وقيل : له رده . وإنْ لم يعجز فحجتُه أنه بالعجز رُق ، ولا يرد ما قبض ، ولأن الأمر كان فيه مترقِباً هل تحصل الرقبة بالعجز أو الكتابة ؟ فإذا عجز كأنه إنما اشترى رقبة ، فالكتابة علة ، ولا يبيعُ أحدُ الشريكين حصتَه وإنْ أذن له شريكه ، إلاّ أنْ يبيعاها[1] جميعاً ، ولا يشتري المكاتب نصيبَ أحدهما ، لأن بيع أحدهما كالقِطاعة ، وجوز أشهب بيعَ نصف الكتابة أو خدمته ، أو يجوز بغير عَيبه لأنه يرجع إلى خِدمته[2] ، قال اللخمي : منع عبد العزيز بيعَ الكتابة مطلقاً ، قال : وهو أقيس للغَرر ، وجوزه سحنون عند الضرورة كالفلس دون الإختيار ، وأجاز عبد المَلك بيعَ أحد الشريكين حصتَه ، ولا يباع نجم بعينه لا غَرر إنْ عَجَز بعد أنْ اقتضى ذلك النجمُ أخذ ما يَنوبُه من الرقَبة ، فكان المبيعُ النجمَ أو الرقبة ، ولا يأخذ المكاتب بيع بعض كتابته إلاّ بإذن سيده ، لأن ذلك يضعف ما في يديه ، ولأنه يؤدي إلى أنْ يعطي منه عن جميعه ، وإنْ باع أحد الشريكين لم يكن أحقَّ بنصيب الشريك إلاّ بإذن الشريك الذي لم يبع ، لأن للذي[3] لم يبع حقاً في المال الذي يدفعه للبائع ، فإن أذن

---

(1) بالنسخة : إلاّ أنّ يبيعهما .

(2) بالنسخة : جزمته .

(3) بالنسخة : لأن الذي .

وعجز عن أداء الباقي منه عُتق الجزب المشترى بخلاف وضع السيد ، وفي **المنتقى** : إنما امتنع بيعُ الجزء لأنه يؤدي أَدَائيْن مختلفين : للسيد بالكتابة ، والمشتري بالإبتياع ، كما لا يجوز كتابةُ بعضه ، لأنه يؤدي عن أحد النصفين بالخَراج ، وعن الآخر بالكتابة ، وتُشترط المخالفةُ في الثمن والكتابة إذا بيعت من أجنبي ، بخلاف المكاتب ، لأنه له نقله عن ذَهب إلى وَرِق ، ومن عَرض إلى جنسه ، لأنه ليس معاوضة ، بل ترك ما عليه ووضع غيره ، وإذا أدى للمشتري فولاؤه لعاقد الكتابة ، وقال (ش) وابنُ حنبل : للمشتري . **لنا** : أنّ الولاء لمن أعتـق ، والمعتِق عاقد للكتابة ، ولا ينتقض ذلك إلاّ بالعجز ، والبيع إنما تعلق بما عليه دون الولاء ، واحد[1] العبد بيع الكتابة من المشتري ليس من باب الشفعة ، بل من باب تقديم العتق على الملك ، لأنه إذا اشترى نفسه عتق ، والمشتري ربما أفضى أمْره إلى الإسترقاق .

فرع

في **الكتاب** : إذا كاتبتَه وعليك دَين ، وعليه جناية ، فَقِيم عليه بذلك الآن ، فقال : أؤدي عَقل الجناية والدَّين ، وثبت الكتابة ، فذلك له ، وإنْ كاتب أمتَه وعليه دَين يغترقُها فوَلَدت في كتابتها ، فللغرماء ردُّ ذلك ، ويردها الدَّين وولَدَها إلاّ أنْ تكون في ثمن الكتابة إنْ بِيعت بنقد مثل الدَّين ، فلا تفسخ الكتابة ، وتباع الكتابة ، وإنْ فلس بدَين حدث بعد الكتابة لم يكن للغرماء غيرُ بيع الكتابة ، لتأخر الدَّين عن سبب العتق .

فرع

في **الكتاب** : إنْ اسلم أحد مكاتبي الذمي في كتابة واحدة ، بِيعَت كتابتُهما جميعاً ، ولا يفرقا كعَقد الحِمالة ، رضيا[2] أم كرها ، وكذلك إنْ اسلم ولد مكاتبه والمكاتب نصراني ، بيعت كتابتهما .

---

(1) كذا . ولعلها : وأخذُ . .

(2) بالنسخة : رضى .

فرع

قال : إذا غنمتما مكاتباً لِمسلم أو ذمي إليه أو اسدلك الله[1] إنْ عرف سيده غاب أو حضر ، ولا يقسم توفيةً بعَقد الكتابة ، وإنْ لم يُعرف بيعت كتابته في المغنَم ، وتؤدى لَمن صار إليه فيعتق ، وولاؤه للمسلمين ، فإن عجز رقَّ لِمَن صار إليه كالبيع ، في **النُكَت** : إنْ أتى سيده المجهول وقد قبض المشتري بعضَ الكتابة ، فأحب افتكاكَه قاصَص المشتري فيما قبض ، ولا يبدأ في هذا الموضع المكاتب بالتخيير فيقال : أَدِّ وإلاّ عجّزت ، لأنه لم يقسَم على أنه عبد ، وإنما بيعت الكتابة ، ويخيّر إنْ قُسم على أنه عبْد ، ثم علمَ أنه مكاتب ، وامتنع سيده فيقال له : أَدِّ[2] مَا اشْتَراكَ به المشتري وإلاّ عُجِّزت . فإن عجز خُيِّر سيده بين إسلامه رقيقاً وافتكاكِه كما إذا جَنَى .

فرع

في **الكتاب** إذا تَنازَعتما في حلول نجم ، صُدق المكاتب كمن أكرى كاره[3] سنة ، أو باع بدنانير إلى أجَل بسنة فَادَّعَى حلولَها صُدق المكتري والمشتري ، وإنْ قال : خمسون في عَشَرة أنجُم ، وقلتَ : في خمسة ، صُدق ، ويُصدق عند تكافُؤ البينتيْن ، لأنه المطلوب ، والاّ قضى بأعدلهما ، قاله أشهب ، وقال غيره : يُقضَى ببينة السيد ، لأنها زادت ، لأنه لو قال : الكتابة ألف ، وقال المكاتب : تسعُمائة ، صدق المكاتَب ، ويقضى ببينة السيد ، لأنها زادت ، وإنّ قلتَ : مائة ، وقال : ثمانين صدق إنْ اشبه قوله ، لأن الكتابة فَوت ، كمن اشترى عبداً فكاتبه ثم اختلفا في الثمن ، صُدق المشتري ، ثم رجع إلى أنهما يتحَالفان ويترادَّان إنْ لم تفُت السلعة بحَوالة سُوق فاعلاً ، وإنْ بَعثَ بكتابته فأنكرتَ قبضَها ولم يُقم المرسول بينة ، فالدَّافِع ضامن ، كمن بعث بدَين أو خلع . في **النُكت** : الفرق بين اختلافهما في عدد النجوم ، واختلافِهما في عدد

---

(1) كذا بالنسخة دون نقط .

(2) بالنسخة : اذا .

(3) كذا .

الكتابة ، وتَكَافأت البينتان ، لأن بينة السيد زادتْ في اختلافِهما في النجوم فشهدت[1] له بنفعِ قلة[2] النجوم ، ونفعت بينة العبد بالتأخير ، فيقابل النفع ، فلا مزية ، وبه يظهر الفرقُ بين ماله ها هنا وبين ما استشهد بـه الغير ، قال اللخمي : اختلافُهما يقـع في ستـة مواضع : القدر ، والجنس ، والحلول ، والقِطاعة هل كانت على أحد الوجوه السابقة ، أو أنه لا يكون حراً إلاَّ بأَدَاء مَا قَاطَعه عليه ، ثم يعجل ، ويختلفان فيما قاطعـه ، وعجل عتقه عليه ، وإنْ اختلف في القدر فقد تقدم ، وعلى أصل أشهب : يتكالفان ويتفاسخان ما لم يؤد نجماً فيتحالفان ويرجع إلى كتابة المِثل ، ما لم يزد على دَعوى السيد ، أو ينقص عن دَعوى العبد ، وهو أصله في البيع : أنهما يتحالفان مع فوات السلعة ، ويرد القيمة ما لم تزد أو تنقص ، وكل هذا إذا أَتَيا بمَا يُشبه ، وإلاَّ فالقولُ قول مدّعي الأَشبه من سَيّد أو عبد اختلفا هل نجم[3] أو بعده ، فإن اختلفا في الجنس هل هو[4] ثوب أوزيت فَعَلَى أصْل قول ابن القاسم : الكتابة فَوت ويتحالفان ، وعليه كتابة مثلِه من العَين ، فإن نَكَل أحدهما صُدق الحالفُ فإن قال : دنانير ، وقلتَ : دراهم ، وهما في العدد سواء ، أخذ ما قاله العبد ، واشترى به ما قاله السيد ، ولم يتحالفـا ، وإنْ اختلف قدرُهما : **فالجواب** : ما تقدم ، وإنْ قلتَ : عيناً ، وقال : عُروضاً ، صُدقتَ ، لأنها غالب الكتابة ، إلاّ أنّ الأشبه[5] في قدره ، ويُصدق العبد في التنجيم ، لأنه سُنَّة الكتابة ، إلاّ إنْ يأتي بالأشبه من كثرة النجوم ، نحو عشرين سنة ، ويصدق السيد في حلول القِطاعة ، لأنه أصلها إنْ كانت القِطاعة أقلَّ من الكتابة ، وقال أصبغ : وإلاّ[6] فالقولُ قولُ العَبد : إنك قسمت الكتابة في قدرها إلى مثل ذلك الأَجَل أو دُونَه أو أكثرَ منه إذا أتى بما يُشبه إنْ عجلت له العتق ، وإلاَّ تحالفتما

(1) بالنسخة : فشهرت .

(2) بالنسخة : قلت .

(3) كذا .

(4) بالنسخة : هل هي ثوب اوريت . ووضع عليها : * علامة التوقف عند الناسخ .

(5) كذا . ولعلها : إلاّ أنْ لا يشبه .

(6) كذا .

وتفاسختما ، وعادت الكتابة ، فإن اختلفتما في جنس ما قاطعه به تحالفتما وتفاسختما وعادت الكتابة انْ لم يعجل له العتق ، وإلاّ صُدق العبد لأنه مدعىً عليه ، ووافقنا (ح) إذا اختلفا في مال الكتابة ، وقال (ش) : يتحالفان ويتفاسخان ويرجع رقيقاً ، لنا : القياس على ما إذا أعتقه في الحال على مال ، فإنه يُصدق مع يمينه اتفاقاً ، ولأنه خَرج مِن يد مَوْلاَهُ بالكتابة ، فلا يَكون[1] ، كما إذا كاتبه المشتري واختلفا في الثمن لم يتحالفا لخُروجه عن اليد ولأنها عتق بشرط ، فلا يثبت فيه التحالف كما إذا قال : إنْ جاء رأس الشهر فأنتَ حر ، وادَّعى العبد أنّ الشرط دخولُ الدار ، وإذا سقط التحالفُ كان القولُ قولَ مَن عليه البدَل كالمتبايعيْن إذا سَقط بينهما التحالف ، فيحلف مَن عليه البَدَل . **احتجوا** : بأنها عَقد يلحقُه الفسخُ فأشبه البيعَ ، ولأنه لو شهد شاهد أنه كاتَبه على ألف ، وشَهِد آخر[2] أنه كاتَبه على مائة ، لم يُحكَم بالكتابة كما لا يحكم بالبيع ، فهي كالعقود يدخلها التحالف .

والجواب عن الأول : الفرقُ بأن الكتابةَ تثبت مع نَوعٍ من الجهالة ، ولا يُفسدها الشرط الذي يُفسد البيعَ ، لأنها موضعُ مُسامَحة وعتق ، فلا يفسخ بالتحالف كالبيع .

وعن الثاني : أنّ السيد يحلف مع شاهد الألف .

قاعدة : المدَّعِي الذي عليه البينةُ : مَن قولُه على خلاف أصلٍ أو عادةٍ ، والمدَّعَى عليه الذي يصدق من واث[3] أصلاً ، كمدّعي القلة ، والبراءة ، أو عادةً كمدّعي الأشبه ، ورد الوديعة وقد قبضها ببينة ، أو إنفاق ما لم يوافق العادة[4] على اليتيم ، وعلى هذه القاعدة تتخرج فروع الدعاوي كلها ، وليس المدَّعي هو الطالب ، بل قد يكون المطلوب ، كالوصي والمودَع .

---

(1) بالنسخة : تكون بيهما تحالفا .

(2) بالنسخة : الآخر .

(3) كذا . ولعلها : وافق .

(4) بالنسخة/ الصلادة .

فرع

في **الكتاب** : إذا أخذتَّ منه رهناً يملكه فغاب[1] عليه فضاع بيدك ، ضمنتَ قيمتَه ، فإن سَاوَى الكتابةَ عُتق مكانَه ، وإنْ فلست أو مت واشترطتَّه في عَقد الكتابة فهو انتزاع لا يُحاصَص به العبد عن مالك ، وإنْ وجد رهنه بعينه في فلَس أو موت فلا شيءَ له فيه ، ولا محاصة له به ، ولا لغرمائه ، وإنْ كان الرهن بعد عقد الكتابة لنجم حلَّ أو نحوه ، فللمكاتب أخذُه إنْ وجده بعينه ، أو المحاصاة[2] بقيمته إنْ لم يجده ، فما صار له قاصٌّ به[3] عاجل عليه ، وما بقي له من قيمة الرهن ففي ذمة السَّيد يقاصّ به المكاتب فيما يحل عليه ، قال غيرُه – وهو أشهب – : ليس ذلك انتزاعاً رَهَنَه في العقد أو بعده ، ويضمنه السيد إنْ لم تقُم بينةٌ ، فإن كانت القيمةُ دنانير ، والكتابة دنانيرَ تقاصًّا ، لأن في وقف القيمة ضررًا عليهما[3] ، إلاّ أنْ يتهم السيد بالعُدوان على الرهن ليتعجلَ الكتابةَ ، فتُوقَف القيمة بيَد عَدل ، وإنْ كانت الكتابةُ عَرَضاً أو طعاماً ، وُقفت القيمة رجار[4] خصماً عليه عند محله ، ويحاص الغرماء بالقيمة في الموت والفَلس ، ويمتنع الرهن من غير المكاتب كالحِمالة ، لأنه حمالة . في **النُكَت** : قيل : إنْ كان الرهن انتزاعاً فلا ينتفع به المكاتب فلَس السيد أم لا ، أو ليس بانتزاع فيحاص به غرماء سيده ، قيل : هو انتزاع ووعده برده بعد وفاء الكتابة ، وذلك كالهبة يقوم بها عليه ما لم يفلس ، قال ابن يونس : قال محمد : حيث يحاصص المكاتب غرماءَ سيده ، وما صار له في المحاصَّة حُوصص به فيما حَل عليه ، قال محمد : فيأخذه الغرماء ، ثم يباع لهم بقية الكتابة ، فإن أدى كان حراً ، أو عجز رُق للمشتري كله ، واتبع المولى ببقية رهنه ، وإذا بيعت كتابته فلَه أنْ يحاص الغرماء في ثمنه ، كما يحاصهم فيها بيده ، فإن نابه أكثرُ مما حل عليه حسب ذلك من أول نجم ، ثم مما يليه ، وإنْ كان

---

(1) بالنسخة : يغاب .

(2) كذا .

(3) بالنسخة عينهما .

(4) كذا . وعليها : * علامة التوقف عند الناسخ .

فيه كفاف ما عليه من الكتابة عُتق مَكَانَه ، ولا يدفع ذلك للمكاتب حتى تحل النجوم ، إلاّ أنْ يأتي المكاتب برهن ثمنه ، ويأخذه ويثبت على كتابته ، ويتبع السيد بما بقي له من قيمة رَهنه ، وإنْ كاتبه بمائة وقيمةُ الرهن مائتان ، فَضاع وَعَلَى السيد دَين : مائتا دينار ، ففلسه الغريمُ فَوَجَد بيد السيد مائتيْن ، حاصص المكاتب فيها بقيمة رَهنه ، فإن شاء المكاتب تعجل العتقَ بما يقع له ، قال له الغريـم : عليك مائة ، فأخذنا من المائتيْن مائةً ، ويتحاصان في المائة الثانية ، فيقع لمكاتب خمسون فيأخذها ، ويخرج حراً ، ويتبع السيد بخمسين ، بقيمة رهنه ، فإن شاء المكاتب أخذ ما يقع له في الحصاص . ويأتي برهن مكاتب ، ويؤدي على نجومه ، تحاصا في المائتين ، فيقع له مائة ، ويأتي برهن قيمتُه مائة ، ويأخذ المائة ، ويؤدي على نجومه ، إلاّ أنْ يكون حل عليه شيء منها ، فيأخذ الغريمُ من المائتين مثلَ الذي حل على المكاتب ، ويتحاصان فيما بقي ، ويأتي المكاتب برهن مثل ما يقع له في الحصاص ، قال محمد : للمكاتب المحاصَّةُ ، وإنْ كان في أصل الكتابة ، لأنه وإنْ شَرَطَه رهناً فهو مال المكاتب ، لم يشترطه السيد لنفسه ، ومانَابَه في الحصاص لا يتعجله السيد لنفسه ، ولا لغرمائه ، ويكون رهناً ، وكذلك إنْ كاتَبه على أنْ يُسلَفه أو يبيعه سِلعة أجَّلها لبعد الكتابة ، ففلس السيد ، حَاصّ بقيمتها حالَّةً ، ويقبضها إلاّ أنْ يحل عليه فيقاصص ، وإنْ رهن العبدُ مالاً في ملكه ، ولم يعلم السيد ، بَطَلَ كحِمالة الأجنبي ، فإن أراد السيدُ إمضاءَ الكتابة بلا[1] رهْنٍ فله ذلك ، وإلاّ نقض الكتابة ، قال محمد : إلاّ أنْ يؤدي جُل الكتابة ، فلا يفسخ ، ويفسخ الرهن ، قال : ولو علم السيد أنّ الرهن ليس لعبده ، فُسخ الرهن دون الكتابة ، قال اللخمي : الرهن إذا أرهن بعد العَقد فله أحكام الرهان ، وإنْ فَلَس السيد أو مات فالمكاتبُ أحق بالرهن إنْ وجده ، أو بقيمته إنْ فات في الفلَس ، فإن كان في أصل العَقد فَجَعله ابنُ القاسم انتزاعاً ، وخالفه غيرُه ، ويلزَم على قَولِ ابنِ القاسمِ جوازُ الربا بين السيد وعبده ، لأن الزائد انتزاع .

(1) بالنسخة : فلا .

فرع

في **الكتاب** : إنْ زوجتَها من رجل على أنْ يضمن لك كتابتَها فولدت منه بنتاً ثم هلك الزوجُ ، فالحمالة باطلة ، وتبقى الكتابة على حالها ، وابنتها منه لا ترثه ، ويرثه أقرب الناس إليه ، قال ابن يونس : إذا لم يؤد الحِمالة حتى مات وترك مالاً كثيراً فلا يؤخذ ذلك من ماله بعد موته ، قاله محمد ، لأنه شيء لم يُحكم عليه به في حياته ، إلاّ أنه لو أدَّى ذلك حتى يعتق ويفوت ذلك ، جاز للسيد ، ويرجع به الزوج عليهما ، ورجعت هي عليه بصداق مثلها يوم وَقَع النكاح فيتقاصان .

فرع

في **الكتاب** : إذا ورثته مع أخيك لأبيك مكاتباً هو أخوك لأمك ، وضعتَ عنه حصتك ، ويسعى لأخيكَ في نصيبه ويخرج حراً ، فإن عَجَز بيعت حصتك ، ولا يقوَّم عليك بقيته ، فإن وهب لك نصفًا أو أوصى لك به فقبلتَه ، ولا مال ظاهر للمكاتب ، فهو مخيَّر في أنْ يعجّز ويقوّم باقيه عليك ويعتق إنْ كان لك مال ، وإلاَّ عُتق منه نصيبُك ورُق باقيه ، وإنْ شاء بقي على كتابته ، فإن ثبت عليها حطت عنه حصتك ، وإنْ أدى فولاؤه لعاقد الكتابة وليس له تعجيزنفسه إنْ كان له مال ظاهر للتقويم عليك ، فإن تمادَى في كتابته ثمّ عَجَز قُوم باقيه عليك إنْ كنتَ ملياً ، وعُتق ، وإلاّ عتق منه نصيبُك ورق باقيه ، قال ابن يونس : الفرق بين مَن وُهب بعضَ مكاتب ممن يعتق عليه فقبله ، وبين مَن أُعتق حصته من مكاتب بينه وبين آخر : أنّ عتق هذا وميع[1] مال ، وأنه إنْ عجز لا يعتق عليه حصته ولا يقوم عليه حصة صاحبه ، ومن يعتق عليه يقوّم عليه بقيته ، فالفرق : أنّ من يعتق عليه لا يستقرّ عليه مِلكُه إنْ عجز ، فلا بد من عتقه ، فجعلنا قَبولَه لما وُهب له قصداً للعتق في تلك الحصة ، قيل لابن القاسم : فَلِمَ أدى مثلَه ولم يعجز لتوضع عنه حصته ، وهو لم يملك منه رقاً ؟ ولو أدى لكان ولاؤه لعاقد كتابته ، قال : لأنه إنْ عجز وصار له ، عتق عليه ، وإذا عجز يقوّم عليه الأخ بقيته ، وولى

---

(1) كذا .

هذا النصف الموهوب للواهب ، لأنه لو وهبه جميعَه لعتق ، وكان ولاؤه للواهب ، فكذلك هبة نصفه ، وأما النصف الذي عتق على الأخ فولاؤه له ، لأنه عتق عليه بعد أنْ صار رقاً .

فرع

يدخل في كتابته ولده من أمته إنْ حَمَلَت به بعد الكتابة ، وإنْ بلغت أولاَده جازت ، فيوعهم[1] وقسمتهم بغير أذنه إنْ كانوا مأمونين ، وما وَلَدته له بعد الكتابة ، أو كوتب وأمتُه حامل منه ، لا يدخل معه لتأخر العَقد عنه ، ولا يشتري ولَده أو أبويه إلاّ بإذنك ، فإنه ينقص ماله ، فإن اشترى ممن يعتق على الحُر دَخَل معهم ، وجاز بيعُهم وشراؤهم وقسمتُهم بغير إذنه ، ولا يتبعهم في عجزه ، فإن عُجّز وعَجَز وأرقُّوا كلهم ، وإنْ ابتاعهم بغير إذنك لم يفسخ ، ولا يدخلون معه ، ولا يتبعهم إلاّ أنْ يخشى عجزاً ، ولاَ بَيعَ[2] لهم ولا شراءَ ولا قَسم إلاّ بإذنه ، ويعتقون بأَدائه ، وكذلك أُمُّ الولَد ليس لَهَا أنْ تتخيّر إلاّ بإذنه ، ولا له بيعها إلاّ أنْ يخاف العَجز ، وإنْ ابتاع مَن لا يعتق على المحرَّمين القرابات بإذنك أم لا ، لم يدخلوا في كتابته ، وله بيعهم وإنْ لم يعجزوا ، وَلا فِعلَ لهم إلاّ بإذنه ، قال أشهب : يدخل الولد والوالد إذا اشتراهم بإذنك دون الأخ ، وقال ابن نافع : لا يدخل في الكتابة بالشراء بإذنك إلاّ الولَد ، لأن له أنْ يستحدثه ، قال ابن القاسم : إنْ كان مدياناً فابْتاع ابنَه لم يدخل ، لأن الدّين مقدم على العتق ، وإنْ أذنت له حتى يَأْذَن غرماؤه ، ومن دخل له حكم مَن كُوتب ، فإن مات المكاتب أدوا على تلك النجوم ، وما ولد للمعتَق إلى أجَل ، أو للمدبَّر من أَمَته بعد العتق بمنزلته ، وما ولد قبلَ ذلك ، أو كانت حاملاً حين العقد رُق ، وإنْ اشترى وما ولد قبل ذلك لم يدخل معه ، ويباع إن اذنت في ذلك ، إلاّ أنْ يقرب أجَلُ العتق إلى الأَجَل ، أو يأذن للمدبَّر وأنت مريض ، وانما يعتبر أذنك حيث يكون لك الإنتزاعُ ، وإنْ لم ياذن ولم ينتزعهم حتى عتقوا تَبعُوهم كأموالهم ، ويعتقون عليهم ، وما ولَدت المكاتَبةُ بعد

---

(1) كذا .

(2) بالنسخة : ولا يَبيع .

الكتابة بمنزلتها ، لاَ سبيلَ لك عليه في السعاية ، ما دامت على نجومهـا ، ولها استسعاؤه ، فإن أبى وأجرته فلا تأخذ من إجارته ولا مما بيده إلاّ ما يتقوّى به على الأداء والسعي ، فإن ماتت وتركت ولَدَين حدثا في كتابتها سعياً فيما بقي ، فإن از من أحدهما سعي[1] الصحيح ، ولا يوضَع عنه لموت أمه ، ولا لزَمانة أخيه شيء ، وإنْ وُلد للمكاتب من أَمَته وَلَدَان واتخذ كل واحد منهما أمَّ ولد فأَوْلَدها وأهلك أولادها ، ثم مات الجد ، فالوالِدَانِ مَع أمهما يسعَون ، فإن أَدَّوا اعُتقت معهم ، وإنْ مات أحدُهم قبل الأداء ولم يَدَعْ ولداً وترك أم ولده ، بيعت ، ويعتق أخوه في ثمنها ، ولا يرجع السيد عليه بشيء ، وإنْ ولد للمكاتب ولدٌ مِن أمته بعد الكتابة فأعتق السيد الأب ، لم يجُز عتقُه إلاّ أنْ يكون الأب زَمِناً ، فإن كان للأب مال يَفي بالكتابة ، ولا سعايةَ في الولَد أدى منه عن الولَد حالاً وعتقوا ، قال غيره : هذا إنْ ارتضى العبدُ العتق[2] وإلاّ امتنع ، لاتهام السيد في التعجيل ، قال ابن القاسم : وإنْ لم يكن في مال إلاّ قرر[3] ما يؤدي عنهم إلاّ أنْ يبلغوا السعي ، أخذ وأدى نجوماً إلى أنْ يبلغوا السعي ، ولا يؤخذ حالاً إذ لو ماتوا قبل بلوغ السعي كان المال لأبيهم ، وإنْ لم يكن في مال الأب ما يبلغهم السعي مضى عتقُ الأب ورُقوا ، قيل : فإن كانوا يقوون على السعي يومَ عتق الأب ، وله مال ، قال مالك في المكاتب يولَد له ولدان في كتابته فيعتق السيدُ الأولاد ، وهو قوي على السعي : رد عتقُه ، وإلاّ جاز ، ولم يوضع عمَّن بقي شيء ، ولا يرجع المؤدي على أخيه ، قال غيره : إنْ كان للأب الزَّمِنِ مال ، والولدُ قوي على السعي امتنع عتقُه ، لأن ماله معونة كبدنه ، قال ابن يونس عن ابن القاسم : إنْ كاتَب أَمَتَه وبها حَمل عَلِم به أم لا ، فإنه يدخل معهما ، قال مالك : إنْ خافت العجزَ لم يتبع[4] ولدها الحادث في الكتابة إلاّ بإذن السيد ، قال أشهب : وكذلك المكاتب في بيع ولده من أَمَته ، قال محمد : والأب والأخ لا يبيعه وإنْ عجز إلاّ بإذن السيد ، لأن السيد تبع الولد مع العجز

---

(1) كذا .

(2) بالنسخة : بالعتق .

(3) كذا .

(4) كذا ولعله : لم يبع .

نفسه ، وإذا أذن لأبيه في بيعه فلا حجة للولد ولا للأخ ، لأنهم قد وقفوا على العجز كلهم ، والرجوع إلى الرق ، ولا فرق بين مالك[1] السيد لهم ولا مالك[1] غيره ، فلم يكنت لهم حجة في بيعهم ، قال محمد : وأما أم ولده فله بيعها عند العجز بغير إذن سيده في الموضع الذي لو لم يبعْها لَعَجَز ، فمنعُ السيد من بيعها ضَرَر ، واستدعاب رق ، وعن عبد الملك : إذا كاتب عن نفسه وأمته فعَجَز عن بعض نجومه ، فأذِن السيد في بيعها امتنع إلاّ أنّ يعَجّزه السلطان ، فإن ترك وأتت بِولَد من مشتريها فلا يرد لأنها لا ترجع لأحسنَ من ذلك ، وإنْ بقي بيد أبيها فضل ، فما أدى من ثمنها من الكتابة ملكه ، كما لو قتلت ، وقولُه : قال غيره : هذا أنْ ارتضى العبد بالعتق ، تفسير ، وإنْ لم يرض الأب بالعتق تمادى على الكتابة ، ثم عجزوا ، وقال ولد وعتق الأب بالعتق الأول ، كمعتق أحد مكاتَبيه ، فرده أصحابه ، ثم عجزوا ، عتق بالعتق الأول ، وليس كمن جعل عتقه في يديه فرده ، لأن هذا إنما رده لعلة استعجل المال ، فهو كرد أصحابه عتقه ، قال بعض الأصحاب : وفيه نظر هل هو كمعجل عتق مكاتبه على تعجل كتابته فيافا من ذلك[2] ويتمادى على كتابته ، ثم يعجز ، فإنه يرق لعدم رضاه بما طلبه السيد ، قال اللخمي : حملُ المكاتَبة يدخل بخلاف حَمل أَمَةِ المكاتب إلاّ أنْ يشترطه ، وإنْ اشترى أمةً حاملة بإذن سيده دَخَل الحمل إنْ ولد في كتابته ، وإنْ يأذن السيد ، وأجازه ابن القاسم ، لأن له الشراء بإذن سيده ويولد[3] .

فرع

في **الكتاب** : إنْ أوصى بمكاتبه أو بما عليه : أو أوصى بعتق مكاتبه ، أو بِوضع ما عليه ، جعل في الثلث الأقل من قيمة المكاتبة ، أو قيمة الرقبة ، على أنه عبد مكاتب في إدائه وجزائه ، كما لو قتل ، وقال أكثر الرواةِ : لا ينظر إلى قيمة الكتابة بل الكتابة ، أي ذلك حمل الثلث جازت الوصية ، إذا وهبَ المريضُ نجماً للمكاتب ، أو تصدق ، أو

(1) كذا ولعله : مِلك .

(2) كذا ولعله : فيامن ذلك .

(3) كذا .

أوصى له به ثم مات ، قُوم ذلك النجم مع بقية النجوم بالنقد بقدر آجالها ، فيقدر حصة النجم منهما فيعتق الآن في رقبته ، ويوضع عنه النجم بعينه إنْ حَمَلَه في الثلث وإلاَّ خُيِّرَ الوارث بين إجازة ذلك ، أو بتل محمل الثلث ، ويحَط عنه من كل نجم بقدر ما أعتق منه ، لا من النجم المعين ، لأن الوصية قد حالت عن وجههما لامتناع الوارث : قال ابن يونس : إنما جعل في الثلث الأقل من قيمة النجم أو ما قابَلَه من الرقبة ، كما لو أوصى له بجميع الكتابة ، بأن ينظر ما قيمة النجم ، فإن كان الربع فمقابلُه من الرقبة ، فينظر لقيمة الربع الرقبة وقيمة النجم ، قال أشهب : فإن لم يكن للسيد مال غير المكاتب ، وقد أدّى له بالنجم الأول فسخ الوارث عليه ، فإن خرجت قيمته من قيمة باقي الكتابة من الثلث ، جاز ذلك على الوارث ، وضع النجم بعينه ، وإلاّ عتق منه محمله ، ووضع عنه بقدر ما يحمل الثلث ، فإن عجز عتق منه بقدر ذلك ، ولا يخيَّر الوارث في ذلك ، لقدرتهم على منع سائر الكتابة ، ويخير ، قال مالك : وإنْ وهب الصحيح نصف الكتابة[1] يعجز فله نصف الرقبة في البيع ، وكذلك بقية الأجزاء ، وقال ابن القاسم : بل جميع الرقبة للواهب ، كهبة ذلك للمكاتب ، قال ابن القاسم : إن وَهَبَه نجماً شاركه في النجوم كلها بقدر ذلك كبيعه ، فإنه يكون للمشتري خُمُس كلِّ نجم إنْ كانت خمسة ، وإنْ عجز فله من الرقبة الخمس ، قال محمد : كان ذلك في صحة السيد أم لا : وإنْ وهبه نجماً بعينه في صحته ، فلا يكون له شيء من الرقَبة وإنْ عجز ، لأنه وهبه مالاً ، قال محمد : وإنْ أوصى بنجم بعينه لرجُل فَعَجز ، فله حصته من الرقبة ، والفرق بين الصحة والوصية : أنه في الوصية أشرك بينه وبين الورثة على قدر ما أوصى له من نفسه ، أو لرجل ، وليس أحدهما أولَى من الآخر ، والصحيح إنما أعطي مالاً ، فإن اقتضى الموصَى له ذلك النجم المعين أو بعضه ، ثم عجز ، وقيمته من بقية النجوم نصف الكتابة ، فلَه نصفُ نصفِ رقبة العبد ، ولا يرُد مما أخذ شيئاً ، قاله أشهب ، وقال ابن القاسم إنْ رد ما أخذ العبد رَجَع نصيبه في رقبة العبد ، وإنْ لم يردَّ كان العبد للورثة ، قال : والأول هو الصواب ، وإنْ لم يقبض الموصَى له النجم حتى

---

(1) كذا .

مات المكاتب وترك مالاً كثيراً ، أخذ صاحب النجم نجمَه ، والورثةُ نجومَهم على عدد المال ، لا على عدد القيمة ، لأن النجوم قد حلَّت بموته ، واستوى المتقدم والمتأخر ، فما فضل بعد ذلك بين الورثة وبين صاحب النجم[1] نصفين بقدر ما كان يقع له من رقبة العبد لو عجز ، وإنْ لم يترك ما يَفِي[2] بالكتابة حاصّ الموصى[3] له والوارث في ذلك بالعدد ، لا قيم الأنجُم ، قال ابن القاسم : إنْ قال الوارث : أدفع لك نجماً كما أوصى لك به ، وامتنع الموصى[3] له ، لعله يعجز فيكون له في الرقبة حق ، قدم الموصيَ له إنْ لم يحِل النجم ، وإلاَّ قُدم الوارث ، قال محمد : إنْ أوصى بالنجم الأول ، ثم بالثاني لآخر ، وخرج المكاتب من الثلث عجز ، فللأول من رقبته بقدر فضل قيمةِ نجمِهِ على الثاني ، وللثاني بقدر قيمة نجمه ، فإن قبض الأول نجمَه ، ثم عجز قبل قبض الثاني ، فرقبتُه بينهما على ما تقدم ، والأول ما أقبض ، ولا يرجع عليه الثاني بشيء ، وإنْ كان ، ثَم نجم ثالثٌ للورثة فقَبَض صاحب النجمين نجميْه[4] ، ثم عجز ، فالعبدُ بينهما وبين الورثة على قدر قيمة النجم الأول والثاني ، ولا يرجع الورثة عليهما بشيء ، وعن ابن القاسم : إنْ ردا ما أخذا للمكاتب رجعا فيه بانصبائهما ، وإلاّ فنصيبه منه للورثة ، قال : والصواب : ما تقدم ، فإن أوصى بالنجم الأخير قبل أنْ ينادى[5] من الكتابة شيء ، فأخذ الورثة نجومَهم وسلموا المكاتب للموصَى له فعجز ، فرقبتُه له ولِلوَرثة بقدر قيمة نجمه من قيمةِ نجومهم ، لأنهم كانوا له فيه شركاء ، بخلاف أنْ لو كان السيد أخذ نجوماً إلاّ النجم الآخر ، فينقد له فعجز ، والرقبة كلها لهم ، وكأنهُ أوصى له بجميع الكتابة إذا كان ما بقي عليه لم يعتق لأجله ، ولا شركة لأحد فيه .

---

(1) كذا ولعله سقط من هنا شيء .

(2) بالنسخة : ما بفيء .

(3) بالنسخة : الوصى له .

(4) بالنسخة : نجمه .

(5) كذا ولعله : أنّ يؤدى .

فرع

في **الكتاب** : إذا أدى كتابته في مرضه جازت وصيتُه في ثلث ما بقي من ماله ، وإنْ مات قبل دفعها ، أو أمر بدفعها فلم تصل إليك حتى مات ، فلا وصية له ، قال ابن يونس : قال أبو عِمْرَان : إنْ بَعَثَ[1] بها لسيده في مَرضه فلم يَقبلها حين وصولها ، لا يعتق حتى يُقضَى بذلك ، إلاّ أنْ يكون بموضع لا حاكم فيه فتكون الشهادة عليه كالحكم .

فرع

إذا كوتب وقد ولدتْ أمتُه[2] قبل ذلك لم تكن بذلك أم ولد ، أو بعد ذلك ، فهي أم ولد ولا يبيعها إلاّ أنْ يخاف العجز ، قال ربيعة : أو لعُدمه لدَيْن عليه ، قال ربيعة : وإنْ مات حديثاً مدياناً فأم ولده في دَينه وأولاده منها رِق لك ، قال ابن القاسم : و شراء زوجته الحامل منه ، ولا يمنعه ، لأنه إنْ ابتاعهَا بغير إذنك لم يدخل جنينُها معها في الكتابة ، ولا تكون هي أم ولد ، وإنْ ابتاعها بإذنك دخل حملها في الكتابة ، وكانَت به أمَّ ولد إنْ مات وترك أم ولد وولدا منها أو من غيرها ، ولم يدَعْ مالاً سَعَت مع الولد ، وسعت عليهم إنْ لم يقووا وقَوِيَت وكانت مأمونة عليه ، وإنْ ترك أم ولد ولداً منها حدث في الكتابة فخشي الولد العجز ، فلهم بيعُها ، وإنْ كانت أمهم ، وإنْ كان للأب[3] أمهاتُ أولاد سواها فخشيَ الولد العجز ، فلهم بيعُ من فيها نجاتهم ، كانت أمَّهم أو غيرَها ، قال ابن القاسم : وأرى أنْ لا يبيع أمه إنْ كان في بيع غيرها ما يعينه ، قال ابن يونس : إنْ خاف المكاتب العجز فباع أم ولده حاملاً منه ، فولدت عند المشتري ، فإن كان المكاتب[4] بحاله لم يعتق ، ولم يعجز ، رد بيعها ليعتق بعتقه ، أو يعجز فيتبعها دون وَلدها ، وإنْ كان الأب قد عتق بإدائه ، أو عجز فَرُق ، مضى البيع

(1) بالنسخة : بعت . . تقبلها . . . ألايعتق .

(2) بالنسخة : مته .

(3) بالنسخة : الأب .

(4) بالنسخة : لمكاتب .

بالقيمـة ، على أنّ جنينها مستثنى ، ورد الجنين ، فكان بحال أبيه من عتق أو رق ، فإن لم يعثر على ذلك حتى اعتقها المبتاع وولدها ، فسواء عجز الأب أو أدى أو بقي على كتابته ، يمضي العتق في الأَمَة ، وعليه قيمتها ، على أنّ جنينها مستثنى ، فيرد عتق الولَد ، وسبيلُه سبيلُ أبيه من عتق أو رق أو كتابة ، وليس كمن باع مكاتبه فأعتقه المبتاع ، لأن هذا باعه غير سيده ، قال اللخمي : هذا[1] أم الولد المكاتب بمنزلتها قبل ولادتها فيبيعها اختياراً في الكتابة ، وبعد عِتقهِ أو كأمهات أولاده لا يبيعه[2] إلاّ إنْ كانت في الكتابة إلاّ أنْ يخاف العجز ، وإنْ أدى كتابته وهي عنده عتقت بموته إنْ حملت بعد الكتابة ، قولان لمالك ، مراعاة لعَقد الحرية ، وإنّ وقعت الولادة قبل الكتابة لم تكن أم ولد ، قولاً واحداً ، أو يختلف إذا كانت الكتابة وهي حامل ، قياساً على الحر يشتري الأَمة وهي حامل منه فرُقّ .

فرع

في **الكتاب** : إنْ مات وترك ما فيه وفاء الكتابة ، وترك أمَّ ولد وولداً منها أو من غيرها ، عُتقت مع الولَد فيه ، لأنه بالأداء يعتق ، فترتب أحكام الحرية ، وكذلك إنْ ترك معه في الكتابة أجنبي[3] وترك مالاً فيه وفاخ بالكتابة ، فإن كتابته تحل بموته ، ويتعجلها السيد من ماله ، ويعتق مَن معه ، وليس لمن معه أجنبياً أو ولداً أخذُ المال ، وأداؤه على النجوم ، إنْ كان فيه وفاء الكتابة لما فيه من الغرر ، فإن لَم يف بالكتابة فلِولَده والذين[4] معه أخذه إنْ كانت لهم أمانة وقوة على السعي ، ويؤدون نجوماً ، قال سليمان بن يسار : فإن لم يكن الولد مأموناً لم يُدفع له مال ، قال ابن القاسم : ولا يدفع المال لغير الولد ، ويتعجله السيد ، لأن ولد المكاتب عضومنه بمنزلته ، بخلاف غيره ، والكتابة كالدَّين ، وصاحب الدَّين أولى[5]

(1) كذا .

(2) كذا . زلعله : لا تتبعه .

(3) كذا .

(4) بالنسخة : فلولده الدين معه . . .

(5) بالنسخة : أولا . وكذلك يكتبها الناسخ اينما وردت .

بالتركة إذا تعجله السيد سعوا في البقية ، فإن أدوا عتقوا ، ويتبع السيد الأجنبي بحصة ما أدى عنه من مال الميت ، ويحَاص به غرماءه بعد عتقه ، وليس كالمعتق ، على أنّ عليه مالاً بعد العتق ، وقال ربيعة : لا يُدفع المال لولد ولا غيره ، وإنْ كانوا ذوي قوة وأمانة ، لأنه ليس لهم أصله ، ولا يُؤمَن عليه التَلف ، ويتعجله السيد ، ويُحاصهم به من آخر كتابتهم ، وإنْ كانوا صغاراًلا قُوةَ فيهم على السعي فَهُم رقيق ، وذلك المال للسيد ، وإنْ ترك أم ولد ولا ولد معها ومالاً يوفي الكتابة ، فهي والمال ملك للسيد ، لأنه مات رقيقاً ، قال ربيعة : وكذلك إنْ ترك ولداً فمات الولَد ، قال ابن القاسم : وإنْ ترك ولداً أُحدث في كتابته ومالاً يوفي بالكتابة ويفضل ، أخذ السيد الكتابةَ ، ويرث الفضلَ مَن معه في الكتابة على فرائض الله تعالى ، لأنهم ساووه في أحكامه بعَقد الكتابة ، ولا يرثه ولده الأحرار الذين ليس معه في كتابته ، ولاَ زَوجتُه وإنْ كوتبت معه ، ولا يكون للسيد ما فضل إلاّ أن يكون الولد إبناً أو بنتاً ، فالباقي له دون أحرارورثت المكاتب ، لحصول المخالفة في الرق والحرية عند الموت ، وإنْ لم يكن معه في الكتابة أحد أو ترك أجنبياً ووفى الكتابة ، تعجلها السيد ، والفضل له دون ورثة المكاتب الأحرار ، وإنْ كان مع الأجنبي ولد في الكتابة ، أتّبعه الولد بما أدى عنه دون السيد وورث السيدُ بقيةَ المال ، وإنْ تَرَكَ ابنتيْه وابن ابن معهما في الكتابة ، وتارك فضلاً عن كتابته فللإبنتين من الفضل الثلاث[1] ولابن الإبن ما بقي ، وإنما يرث المكاتب مَن معه في الكتابة مِن القرابة : الولَد ، وولدُ الولد ، والأبوان ، والجدود ، والإخوة دون أحرار ولده ، ولا يرثه غيرُهم من عم ، وابن عم وغيرهم من العصبة ، ولا زوجة ، وإنْ كانوا معه في الكتابة ، وضابطهم : مَن ادى عنهم لم يرجع عليه إلاّ الزوجة فإنها لا ترثه ، ولا يرجع عليها من يرثها ، ولا السيد ، ويرجعون على كل مَن كان هو يرجع عليه إلاّ الزوجة ، وإنْ هلك أحد الأخوين في كتابته وتَرك فَضلاً فللأخ دون السيد ، ولا يرجع السيدُ على الأخ بما أدى عنه من مال أخيه لَو

(1) بالنسخة : الثلاثين .

ترك الميتُ ولداً ، فأدى الولد من ذلك المال جميعَ الكتابة ، لم يرجع عليه ، وإذا مات المكاتب بعد موت سيده ، وتَرَك وفاء الكتابة ، ولم يَدَع ولداً فلِورثة السيد ، يدخل فيه بَناتُه وأمهاتُه وزوجاتُه وغيرهن لأنه موروث بالرق دون الولاء ، وإنْ هلك أحد الأخوين وتَرك أم ولَد لا ولد معها ، فهو رقيق ، إلاّ أنْ يَدَع ولداً منها أو من غيرها ، كاتب عليهم أو حَدثوا في الكتابة ، فلا ترق إلاّ أنْ يَعجز الولد ، ولا تَقْوَى هي على السعي عليهم ، أو يموت الولد قبل الأداء ، وإنْ كان معه في الكتابة ولد ، فمات ولدُه عن أم ولد لاولد معها ، رقت للأب ، وإنْ كثر ما ترك . إلاّ أنْ يترك ولداً كما تقدم ، وإنْ كاتبه ، ثم كاتبت امرأته كتابة على حِدةٍ ، فَحَدث بينهما ولَد ، فهو في كتابة الأم يُعتق بعتقها لا بعتق الأب ونفقتهم عليها ، ووافقنا (ح) على أنه إذا مات وخلَّف وفاء ولم يمُت على الرق ووارث ، ويقول : مات حراً مكاتباً ، نحن نقول مات مكاتباً[1] ، وقال (ش) : مات عبداً ولا يورث .

لنا : قوله تعالى : ﴿مِنْ بَعْدِ وَصِيَّةٍ﴾[2] فحَكَم تعالى ببقاء دَين الميت بعد موته ، وأوجب قضاه من ماله ، فالكتابة دَين ، ويرث الفضل ورثُته لا بأي المواريث ، ولأن المساواة إذا حصلت في الرق والحرية والدَّين وَجَب الإرث ، وهو ها هنا موجود ، لأنهم سَاوَوه في عَقد الحرية ، ويفارق العبد بأنه أحْرَزَ نفسَه ومالَه ، فتقرر ملكه ، وله عَقد حرية ، ولم يلحق بالحُر لأنه قد يعجز فلا يرثه الحر ولا العبيد ، ولأنه عَقد معاوضة فلا يبطُل بالموت كالبيع ، ويُفارق النكاحَ لأنه لا يصح إلاّ بشرط العِوض ، والنكاحُ يصح تفويضاً ، وكالعتق على مال لا يَبطُل بموت العبد ، ولأنه أحد المتعاقدين فلا يبطُل العَقد بموته كالسيد طرداً لِلباب كالبيع ، ولا يشكل بموته مفلساً ، لأن المبطلَ العجزُ لا الموت ، **احتجوا** . بأن الموتَ يُبطل الشرط ، كما لو جَعَل الشرطَ دخول الدار ، هذا عمدتهم ، ولأن الموت يبطل سببَ الإستيلاد ، وهو أقوى لتعذر إبطاله ، فالكتابة أولى لأنها تبطُل

(1) كذا .

(2) ب(النساء : 12) .

بالعجز ، وَلأنه مات عندكم مكاتباً وأولادا [1] عتقـوا بالأداء ، فلا مساواة ، فلا أرث ، أو مات حراً فيرثه الأحرار كلهم ، أو تقولوا عتق بالأداء فيلزمكم عتق الموتَى ، وهو خلاف الإجماع .

والجواب عن الأول : أنّ عَقد الكتابة ليس للولد[2] الحادث في الكتابة ، ويعتق بعتق أبيه ، كَاتَب عليه أو حَدَثَ فيها ، فإذا مات الوالد بقي حق الولَد ، كما لو قال له ولولَده : إذا أديتم ألفَ درهم فأنتم أحرار ، فما أحد منهم ، ثم أدى الباقون الألف ، فإنهم يعتقون ، ولا يبطُلُ حقُّهم بموت بعضهم .

وعن الثاني : أنّ حكمَ أم الولد إذا ماتت قبل السيد كما كان ، ويعتق بموت سيده ، وكذلك ولد المدبَّر .

وعن الثالث : أنه مات مكاتباً لا حُراً ، ولا قِنّاً ، فعَدمُ خلوصِه للحرية يمنع ورثته[3] الأحرار ، وعدم خلوص[4] الرق يمنع وراثة السيد ، فلم يبق إلاّ أولاده الذين معه في الكتابة ، فالمكاتب أصل في نفسه كأم الوَلَد ، لا حرة فتجب ديتُها ، ولا أمة فيجوز بيعها ، وتجوز إجارَتُها كالنكاح ، لا بيع ولا إجارة ، وكالنكاح الفاسد فيه شَبَه الصحيح في لُحوق النسَب وسقوط الحد ، وشَبَه الزنا في امتناع الطلاق والميراث ، وهذه قاعدة متى كان للفرع أصل واحد لحق به ، ومتى كان بين أصلين فأكثر يختلف العلماء بأيهما يُلحَق ، وأيهما أرجح ، ونظائره كثيرة في الشرع ، فالمكاتب كذلك ، فلا حجة فيه ، وهذه[5] الطريقةُ نَاظَر بها القاضي اسماعيل محمدَ بن الحسن .

---

(1) كذا ، ولعلها : وأولاده .

(2) بالنسخة : ليس ي للولد .

(3) بالنسخة : واراثته ولعلها : وراثة ..

(4) بالنسخة : حلص .

(5) بالنسخة : وبهذه .

فإن قالوا : لا يصح عَقد الكتابة بعد الموت ، فلا يصح بقاؤها كالنكاح وغيره .

قلنا : قد يخالف الإبتداء البقاء كالعدة والإحرام ، لا تبقَى المرأة معتدة بعدَ موتها ، ولا محرمة ، ولا معتكفة ، وتبقى زوجة ، وحرة ، ومؤمنة ، وابنة ، وغير ذلك من القَرابات مع إنها أمور لا يصح ابتداؤها بعد الموت ، فالأوصاف ثلاثة أقسام : ما لا يثبت إلاّ بعد الموت ، نحو كونه موروثاً ، ولا يثبت إلاّ قبل الموت ، كالعدة والإحرام ، وما يقبل الأمريْن ، كالحرية[1] والقرابات ، وإذا اختلفت الأحوال فليس قياسكم على أحدها بأولَى من الآخر ، ويلزم (ح) في قوله : إذا خلّف وفاء أنه مات حراً ، أنْ يكمل ديتَه ، ولما لم يقل إلاّ بالقيمة بَطَلت الحرية[4] .

تفريع

قال ابن يونس : قال محمد : إذا كان معه أب أو أخ في الكتابة وترك أمَّ ولدٍ لاَ وَلَد معها : قال ابن القاسم : رُقت للأب أو الأخ ، وعن ابن القاسم : إنْ مات عن أم ولد منها أو من غيرها ، وترك مالاً عتقوا به ، ولا يرجعون عليها بشيء ، وإنْ لم يَترك مالاً فسعوا لهم فعتقت[2] بأدائهم كانوا ولَدَها أم لا ، ولا يرجعون عليها ، قال مالك : إنْ ترك ولداً لا سعاية فيه ، ولم يترك مالاً رُق ، إلاّ أنْ يكون فيما ترك ما يؤدي على النجوم إلى أنْ يبلغ السعي ، أو يترك ولداً فيمن يسعى ، فدفع المال إليهم ، فإن لم يقووا ومعهم أم ولد للأب دفع إليها المال ، إنْ لم يكن فيه وفاء وهي مأمونة قوية على السعي ، وإلاّ فإن كان في المال مع ثمنها إنْ بيعَت كفافُ الكتابة بِيعت ورُدت الكتابة ، وعتق الولَد ، أو يكون في ثمنها ما يؤدي إلى بلوغ الولد السعْيَ ، فإن لم يكن ذلك رُقّوا جَميعاً ، وقال أشهب : إذا مات وترك مالاً يُدفع للولد وغيره من قريب أو أجنبي في كتابة واحدة إنْ كانوا مأمونين ، وليس ذلك

(1) بالنسخة : كالحديث .

(2) كذا ولعلها : عتقت .

كالدَّين الثابت يحل بالموت ، وهم كانوا يرتقِبُون[1] بالموت وماله ، فأخوه يضعفهم ، وإنْ لم يكونوا مأمُونِين لم يتعجله السيد أيضاً ، ويدفع لأمين يؤديه إلى السيد على أداء النجوم ، قال محمد : فإن ارتدَّ وَقُتل على ردته ومعَه في الكتابة ولدُه وأم ولده ، وترك وفاء الكتابة وفضلة ، عتق بذلك ولده ، والفاضل للسيد ، ولا يرثه الولد لاختلاف الدِّين ، ولا يرجع السيد عليهم بشيء من مال الأب ، لأن الأب لا يرجع ، ويرجع على الأجنبيين ، لأن السيد ورثهُ بالرق ، واختَلَف قول مالك فيمن لا يرجع عليه المكاتَب من قرابته إذا ادعى عنه ، فعنه : لا يُتبع كل ذي رحم منه ، وعنه : كل ذي رحم يتوارثون بها ، وعنه : يختص ذلك بالولد ، والإخوة ، والوالد ، ومنشأ الخلاف : مَن هو الذي يعتق عليه إذا مَلَكَه ، واختلف فيمن يرثه ممن معه في الكتابة ، فقيل : لا يرثه إلاّ من يعتق على الحر ، قاله ابن القاسم ، وعنه : بِمَن يورث الحر من عم وغيره من نساء أو رجال ، وقول مالك الأول أنّ امرأته ترثه ، ورجع إلى أنها لا ترثه ، ويعتق فيما ترك ، ولا يتبع لشيء استحساناً ، كمن فَدَى زوجته من العدو وهو يعرفها فلا يرجع عليها ، لأنه فَدَى منافعه ، وقال عبد الملك : لاترثه ولا يرثها ولا يرجع أحدُهما على الآخر ، وقال ابن نافع : لا يرث المكاتب أحد إلاّ الولَد ، قال ابن القاسم : إنْ لم يكن مع الأجنبي ولد ، ولا ولد للميت اتبعه السيد بجميع ما أخذ من باقي الكتابة من مال الميت ، يحَط عنه بموت الميت شيء ، ويتمادى منه على النجوم إنْ كان قبضها هو قبل محلها ، فإن كان معه ولد لم يتبعه إلاّ بنصف ما أدى من مال أبيه إنْ كانت الكتابة بينهما نصفين ، لأنه الذي كان يتبعُه به أبوه ، قال عبد الملك : إنْ مات أحدُهم لم يسقط عن الباقين شيء ، وإنْ استحق أحدهم سقط عن الباقين جهته على العدد ، إنْ كانوا أربعةً ، سقط ربع الكتابة ، وفيه خلاف ، قال اللخمي : إنْ مات عن مال لا وفاء فيه ، ففي سعي مَن معه ثلاثة أقوال : قول ابنِ القاسم المتقدم ، وقال أشهب : يسعى من معه وإنْ كان أخاً أو أجنبياً ، وقال ربيعة :

---

(1) بالنسخة : يرتبقون .

السيد أحق به من الولَد وغيره ، وإذا كان السيد أخذه على قول مالك إذا لم يترك ولداً فيختلف : هل يحسب لهم ذلك من آخر كتابتهم ؟ قال ابن القاسم : يحسب من أولها ، وهو الذي لا اختار[1] آخرها ولا من وسطها ، وإنما يُنظر إلى المتروك إنْ كان هو الذي ينوبُه من الكتابة أخذه عن الميت ، وعلى الحي السعي فيما عليه مما ينوبُه من الكتابة ، فإن عجز فلا يعجل عليه بفسخ الكتابة ، ويحاسبه بما تركه الميت ، كما لو كان حياً يعجز عما ينوبُه[2] اخذ من يد صاحبه ذلك النجم ، وأدى عنهما ، وإنْ لم يكن فيما تركه وفاء بما ينوبُه سَعَى هذا فيما ينوبه وحوسب السيد بما خلفه عن أول نجومه ، فإذا ذَهَب من النجوم ما يقابل ما خلَّف أخذ حينئذ الحي بالأداء عنه ، وإنْ كان فيما خلفه فضل عما ينوبه ، سَعَى هذا الباقي خاصة ، لأنه لو خلف وفاء عتق فيه ، ومن حق السيد أنْ يبدأ بما ينوبه ، فإذا لم يبق إلاّ ما يوفي به الثاني فَمَا خلفه الميت مِما[3] ينوبه عتق ، لأن الحمالة وإنْ حلت بالموت ، فإن التعجيل والأخذ بها من حق السيد ، فله أنْ يقول : إنما آخُذ مما ينوبُك الآن ، ولا آخُذ ما خلفه الميت عن الميت ، إلاّ أنْ يعجز ، واختلف إذا قُتل بالردة ، قال ابن القاسم : يعتق الولد فيه ولا يتبع بما ينوبه ، وعنه : سعي الولد فيما عليه ، ولا يعتق فيما ترك أبوه .

فرع

قال ابن القصار : إذا زوج المولى بنته بمكاتبه صح النكاح ، فإن مات المولى وورثته ابنتُه انفسخ نكاحُها ، وقاله (ش) ، وقال (ح) : لا ينفسخ . **لنا** : المِلك يمنع ابتداءَ النكاح ، فيمنع استدامتَه ، فلو ارادت أنْ تتزوج عبدها امتنع إجماعاً ، أو اشترت زوجها انفسخ نكاحُها .

احتجوا : بأن المنتقِل إليها مال في ذمة المكاتَب ، لا رقبته ، وينوب حقها في ذمته

(1) كذا ولعل العبارة : وهو الذي أُختار : لا آخرها ولا وسطها .

(2) بالنسخة : ينويه . وكذلك يكتبها الناسخ دائماً .

(3) بالنسخة : هما .

لا يبطل نكاحها ، ولأنه مكاتب أبيها دونَها ، لأن الولاء يثبت له دونَها ، ولأن رقبة المكاتب لا تقبل الملك ، لأنه ثبت له حق الحرية ، فيمنع انتقال الملك ، بدليل تعذر بيعه

والجواب عن الأول: أنّ المنتقل ما كان للميت ، والمكاتب مملوك ما بقي عليه شيء لسيده ، فينتقل الملك للوارث .

وعن الثاني : لو عجز لَرُق للوارث ، فدل على أنّ ما كان للسيد انتقل للوارث ، ألاَ تَرى أنّ المرأة لا تتزوج بمكاتبها ، فإذا ماتت انتقل ما كان لها لابنتها ، فيمتنع أنْ تتزوجه ابنتُها ، وإنْ كان الولاء لأمها ، ويلزمكم أنْ تبتديء ابنة السيد بعد موته نكاحَ مكاتب أبيها ، لأنه ليس مكاتباً لها ، ولما مَنَع الإبتداءَ مَنَع الإستدامة .

وعن الثالث : أنا نمْنع أنه لا يقبل المِلك ، سلمناه ، لكن ينتقل للوارث ما كان للموروث ، والسيدة المكاتبة لا تَنكِح مكاتبها ، فينتقل ذلك لابنتها ، وابنة المكاتب كاتبه[1] المكاتبة .

فرع

قال البصري في تعليقه : إذا أدى في الكتابة الفاسدة عتق ، وقاله الأئِمة خلافاً لأهل الظاهر ، لقوله تعالى : ﴿أَوْفُوا بِالعُقُودِ﴾[2] وإذا أبطلا الكتابة الفاسدة دون الحكم جاز ، وقاله (ش) ، وقال (ح) : لا تَبطل إلاّ بالحكم ، **لنا** : أنّ لهما إبطالَ صحيحةٍ ، فلهما إبطالُ فاسدة ، كسائر العقود ، لأنه عقد لا يحتاج إلى اجتهاد ، فلا يحتاج إلى الحكم كالإجارة .

نظائر : قال صاحب **الخصال** : سبع خصال ليس للمكاتب أنْ يفعلها بغير إذن سيده : الزواج ، والعتق ، والهبة ، والصدقة ، والإقرار بجناية الخطأ ، أو بجناية في رقبته ، والسفرالبعيد يحِل عليه نجمٌ فيه ، فإن لم يرد السيد عتقَه ولا هبتَه ولا صدقتَه حتى[3] عتق بعد ذلك ، والتي له أنْ يفعلها بغير إذنه تسعة : البيع ، والشراء ، والشركة ،

---

(1) كذا .

(2) (المائدة : 1) .

(3) كذا .

والقراض ، ومكاتبةُ عبده ، وإنْ يامر مَن يعقد النكاح على إمائه وعبيده ابتغاا الفضل في ذلك كله ، والسفر القريب لا يحل فيه نجم ، ولا كلفة على السيد فيه ، والإقرار بالدَّين ، وإسقاط شفعة واجبة له .

فرع

في المنتقَى : إذا كاتبهما بعَقد واحد فحنَثَ في أحدهما بيمين لزمتْه قبل الكتابة ، لا يتعجل عتقه ، فإن عجز عتق بالحنث ، لأن عتقه يعجز صاحبه ، وإذا عتق بالأداء لا يرجع على سيده بما أداه عن نفسه ، قاله[1] أصبغ .

فرع

قال : إذا وجب عليه عَقل جَرح أدى ذلك العقلَ قبل الكتابة ، فإن عجز عنه خُيِّر سيده بين أدَاء العَقل ورِق المكاتب ، أو أسلم العبدَ ، وقبل عجزه عنه هو على كتابته ، فإن كاتبه جماعةٌ فخرج أحدهم أجنبياً أدوا جميعاً العقلَ ، وثبتوا على كتابتهم ، وإنْ لم يؤدوا فقد عجزوا ، ويخيَّر السيد حينئذ في دفع العقل ويسترقهم ، أو يسلم الجاني وحده ، ويرجع الآخرون عبداً له ، لأن العقل مقدم على ملك العبد ، لأنه مقدم على الملك قبل الكتابة ، ويخير السيد في إسلامه ، فبعد الكتابة أولى ، لأنَّها لا تنظر إلاّ بالأداء ، فإن عجز الجاني عن أداء العَقل فأداه الآخر خوفاً من الرق ، ثم عتقا بسعايتهما ، فإنه يتبعه بأَرْشِ الجناية الذي أدى عنه إنْ كان مما لا يعتق عليه بالملك كالكتابة ، فإن جنى أحدُهما على الآخر خطأً وهما أجنبيان عَقَل الجاني جنايتَه ، وبقيا على كتابتهما ، ويحتسب بذلك لهما مما عليهم من آخِرِ نجومِهم ، ويتبع المجروح الخارج بنصف عقل الجَرح إنْ استويا في الكتابة ، وإلاّ رجع عليه بقدر ما ينوب الجارح ، لأن أرش الجَرح تأدى عنهما ، وعتقا به ، فإن عجز الجارح عن أداء العقل فأدى المجروح الأَرش كله خوفاً أنّ يرق بالعجز ، فكأنهما أديا الكتابة ، وبقي[2] أرش

---

(1) بالنسخة : قال .

(2) بالنسخة : وبقيا .

الجناية على الجاني ، وهذا إذا أديا عنه بعضَ الجناية ، أما إنْ أديا[1] جميعاً فيرجع عليه بالأرش كله ، فإن كان الجاني أخاً للمجني عليه أو ممن يعتق ، لم يرجع عليه بشيء ، قاله ابن القاسم ، ولو جني أحد الأخوين على الأجنبي فأدى الثاني أرشَ الجناية خوفَ العجز ، فعجزُ أخِيه راجع[2] على أخيه ، والفرق : أنه مال أدي الأجنبي لا في شيء مما يعتقان به ، وإنْ جنَى أحدهما على صاحبه فأدى المجني عليه لم يرجع عليه ، لأنهما يعتقان به ، وعن ابن القاسم : إذا رجع عن الرجوع على أخيه في حياته[3] الأجنبي لأنه افتك به من الملك ، كما لو اشتراهُ وهو مكاتب لعتق عليه ولم يتبعه ، فإن خرج المكاتب أو ولده الذي معه في الكتابة فعقلُهم عقلُ العبيد ، ويحسب لهم في آخر الكتابة ، لأنهم أحْرَزُوا أنفسَهم فيحاسبهم بما أخذ من عقلهم ، فإن زاد العقل على الكتابة وما بقي منها أخذ السيد الكتابة ، وعتق العبد ، والفضل للمكاتب ، ولا يدفع للمكاتب عقل يستهلكه ، فيعجز فيرجع لسيده أعورَ أو مقطوعَ اليد .

فرع

قال : إذا كوتب على نفسه وعلى أم ولده حرم عليه وطؤها كأنه بالكتابة أخرجها عن ملكها لسيده فإن مات فلها أنْ تسعى ، وإنْ لم يمت وعتقها بالأداء ، لم يكن له عليها سبيل ، وولاؤها لسيد[4] المكاتب ، قاله ابن القاسم .

فرع

قال : قال مالك : للمكاتب تعجيل ما عليه ، وليس لك الإمتناع ، كتعجيل الدَّين ، وإنْ كان مريضاً وأرَاد ذلك ليرثه ورثُته الأحرار ، وتتم شهادته ، ويصح إقراره ، فليس لك الإمتناع من ذلك ، ويقول مريض لماله[5] : إذا عقل كتابتَه في الصحة وثبَتت : الدفعُ لك بينة اما بإقرار السيد في مَرَضه ، وقال ابن القاسم : إنْ

---

(1) بالنسخة : ادى .

(2) بالنسخة : رجع .

(3) كذا وفي الكلام نقص .

(4) بالنسخة : للسيد .

(5) كذا .

حمله الثلث جاء تهمة أم لا ، وإنْ لم يحمله الثلث وورثك ولد ، نفذ إقرارك ، وإنْ لم يكن لك لم يقبل قولك إلاّ ببينة ، قالَه ابنُ القاسم ، وقال أشهب : إنْ لم يتهم بإنقطاع المكاتب إليك جاز كالأجنبي .

فرع

قال : إنْ اعتق بعض مكاتبه : قال مالك : هو وصية إلاّ أنْ يريد العتِق ، فهو حر كله ، والوصية بعتق بعضه ، أو هو بينهُ وبين آخر ، إلاّ أنْ يريد العتق فهو حر ، وَأعتق عند موته ، أو وضع ذلك من كتابته فهو عتق ينفذ من الثلث ، وإنْ عجز العبد بعد ذلك ، وإنْ وضع بعض كتابته ، ثم عجز عن الباقي ، رُق جميعُه .

فرع

قال : إذا عتق مكاتب المكاتب بالأداء ، والمكاتب الأعلا لم يؤد ، فمات الأسفل ورثهُ أقرب الناس للأعلا لِمانع الرق في الأعلا .

فرع

قال : إذا تزوج بغير إذن سيده ، فأجازه السيد جاز ، وإنْ فسخه فللزوجة ثلاثة دراهم ، وإنْ أذن له ومعه غيره في الكتابة : قال أشهب ليس للسيد ذلك إلاّ بإجازة مَن معه في الكتابة إلاّ أنْ يكونوا صغاراً فيفسخ بكل حال .

فرع

قال : قال مالك : إذا أجاز سيده عتقَه : فالولاء للمكاتب إنْ عتقه ، وإنْ مات قبل العتق فالولاء للسيد ، وإنْ مات المعتِق قبل عتق المكاتب ورثه سيد المكاتب ، وكذلك مكاتب المكاتب .

فرع

قال : قال مالك : إنْ مات رجل وترك مكاتباً وابنين وبنات ، فأعتق أحدُ البنينَ نصيبَه لم يثبت بذلك من الولاء شيئاً[1] ، وإنْ عجز المكاتب لم يقوم على المعتق ، لأن عتقه

(1) كذا .

ليس عتاقة ، بل اسقاط مال ، ومن السنة أنّ مَن أعتق شِركاً له في مكاتب لم يقوَّم عليه ، إنما الولاء لمن يعقد الكتابة ، ولا ولاء لبنت السيد ، وإنْ أعتقت نصيبَها من المكاتب ، بل للرجال .

فرع

قال : قال مالك : إنْ أوصى رجل لك بربُع مكاتبه ، وأعتق ربعه فهلك الرجل ، ثم المكاتب ، وترك أكثر مما عليه ، فلورثة السيد ولك ما بقي لكم على المكاتب ، ولك ثلثُ الفضل ، ولهم الثلثان ، لأنه إنما ورث بالرق ، والذي للورثة ربُعان ، وللموصى له ربع .

فرع

في **الجواهر** : إذا قَبض العبدَ الموصوف الذي كاتب عليه فوجده مَعيباً ، اتبعه بمثله ، أو كاتبه عليه بعينه ، رجع بقيمته ، ولا يرد عتقه .

فرع

قال : إذا قال السيد : إنْ عجَّلتَ بعضَ النجوم ابرأتُك من الباقي[1] ، فعجَّل بريء وعتق .

فرع

قال : لتعذر النجوم أربعة أسباب : **الأول** : العجز عنها أو نجم واحد ، فيفرق بعد تلوم الإمام له بعد الأجَل . **الثاني** : الغَيبة بغير أذن السيد وقتَ الحلول ، فله الفسخ عند الإمام ، وكذلك إنْ شرط عليه أنك إنْ عجزتَ عن نجم فأنت رِق ، لا يُرَق إلاّ بالسلطان ، والشرط في ذلك باطل . **الثالث** : الإمتناع مع القدرة ، فيؤخذ من ماله ، ولا يفسخ . **الرابع** : الموت ، فينفسخ إلاّ أنْ يكون معه مَن يقوم بها من ولد دخل معه بالشرط ، أو بمقتضى العقد .

---

(1) بالنسخة : الثاني .

فرع

قال : إذا ادَّعى أنه أُدى الشريكين النجومَ فصدَّقه أُحدهما وكذبه الآخر وحَلف ، فله مشاركة المصدِّق فيما أقر بقبضه ، وله مطالبة المكاتب بتمام نصيبه ، ولا تراجع بين المصدِّق والمكاتب ، لما أخذه المكاتب من أحدهما ، لأن موجب قولهما : أنه ظالم ، ويثبت دعوى الأداء بشاهد وأمرأتيْن ، لأنه مال ، ولا تثبت الكتابة ، ولكن قبض النجم الأخير ، ويتعلق به العتق ، كما تقدم في كتاب الأقضية .

فرع

قال : مات المكاتب وله ولد من معتِقه ، فقال السيد عتق قبل الموت ، وجرى[1] إلى ولد ولدي ، صدقت الأم ، لأن الأصل : بقاء الولاء لهم .

فرع

قال : لا يكفر المكاتب إلاّ بالصيام ، وإنْ اشترى من يعتق على سيده صح ، فإن عجز رجع للسيد وعتق عَليه .

فرع

في **الجلاب** : لا يبتاع ولده[2] إلاّ بإذن سيده ، وإنْ ابتاعه بغير إذن سيده لم يدخل في كتابته ، وإنْ ابتاع عتق الولد من الأقارب ، فأذن سيده لم يدخل في كتابته ، قاله ابن عبد الحكَم ، وقال ابن القاسم : يدخل كل من يعتق على[3] إذا ابتاعه بإذن سيده ، قال سحنون : إذا كان مع المكاتب غيره لم يدخل الولدُ معه ، وعن مالك في **المستخرجة** : لا يدخل معه إذا اشْتَراهُ بإذن سيده إلاّ الولَد ، لأن له استحداث الولد بالوطْء .

---

(1) كذا ولعلها : وجر إلي ولاءِ ولدي .

(2) بالنسخة : ولدي .

(3) بياض بالنسخة بقدر كلمة .

بسم الله الرحمن الرحيم
صلى الله[1] على سيدنا ومولانا محمد وعلى آله وصحبه وسلم عليهم أجمعين .

كتاب أمهات الأولاد

والنظر فيما تصيرُ الأمةُ به فراشاً ، وبما تكون به أُمَّ ولد ، وفي الإستلحاق ، وأحكام أمهات الأولاد

فهذه أربعة أنظار .

النظرالأول ، فيما تصير به الأمة فراشاً .

الفراش معناه : أنّ المرأة صارت بحيث يلحق بك ولدها ، ولذلك سببان : العقد في الحرة مع إمكان الوطث عادةً ، والوطء في الأمة . والأصل في ذلك : قولُه عليه السلام : (**الولدُ للفِراش وللعاهر الْحَجَر**) خرجه مسلم[2] وغيره . وفي **الموطأ**[3] : قال عمر بن الخطاب : أيما وليدة ولدت من سيدها فإنّه لا يبيعها ولا يهبُها ولا يورثها ويسْتمتع بِها ، فإذا مات فهي حرة . وعنه[3] : لا تأتين وليدةٌ يعترف سيدها أنه أصابها إلاّ ألحقت به ولدها .

---

(1) في د : وصلى الله .

(2) في ي : ﷺ : والحديث رواه مسلم في كتاب الرضاع ، باب الولد للفراش ، والبخاري في كتاب البيوع ، باب تفسير المشبهات ، عن عائشة ، وهو في **الموطأ** في كتاب الأقضية . وفيه قصة .

(3) في كتاب العتق والولاء ، باب عتق امهات الأولاد ، رواه مالك عن نافع عن عبدالله بن عمر ، عن أبيه ، والأثر الثاني في **الموطأ** كتاب الأقضية . باب القضاء في أمهات الأولاد .

وفيه خمسة فروع :

الأول . في **الكتاب** : إذا أقرَّ بوطئها ولم يدَّع استبْراءً لزمه ما أتت به من ولدٍ لأقصَى ما تلد له النساء ، إلاّ أنْ يدَّعيَ الإستبراء بِحيضة لم يطأ بعدها ، وينفي الولد ، فيصدّق في الإستبراء ولا يلزمه ما ولدته لأكثر من ستة أشهر من يوم الإستبراء .

تنبيه

معنى قول الفقهاء : لا يلحق إلاّ ما ولد بعد ستة أشهر : أنّ الولد تامٌّ ، وأمّا الناقص فيلحق في أقلّ من ذلك ، فإن الجنين ذو أطوار ، كلُّ أربعين طَور ، لِما جاء في الحديث[1] . فمتى وضعته ناقصاً يناسب ذلك الطور أو أكثر منه : ففي الحديث[2] : **(يُجمعُ أحدكم في بطن أُمِّهِ أربعين يوماً نُطفةً ، ثم أربعين عَلَقة ، ثم أربعين مُضْغة ، ثم يُنفخ فيه الروح)** . ونص ارباب التشريح على أنّ الجنين يتحرك في ضِعف ما يُخلق فيه ، ويوضع في ضعفي ما يتحرك فيه . فإن تخلّق في خمسة وأربعين ، تحرك في ثلاثة أشهر ، ووضع لتسعة . وإنْ تخلَّق في شهر ، تحرّك في شهرين ، ووضع لستة أشهر . وعلى هذا النسق ، وتعتبر الأطوار في إلحاق الولد بهذه القرائن العادية ، فمتى[3] جاء طور في زمن أكثر لحق بِه ، أو أقلَّ لم يلحق به . فإن أقر في مرضه[4] بحملها وبولدٍ آخر ، أو بولدٍ[5] ثالث لم يدَّع استبراءها وأتت بولد يُشبهُ أنّ يكون من وطئه لحق به أولادهن وكن أمهات أولاد . وإنْ قال في مرضه : كانت هذه[6] ولدت مني ، ولا يُعرف ذلك إلاّ من قوله ، ولا ولد معها ، ووارثه ولدٌ ، صُدِّق وعتقت من رأس ماله ، لأنه لا يتهم في

---

(1) هو الحديث الآتي مباشرة .

(2) رواه البخاري في بدء الخلقاء وفي احاديث الأنبياء ، وفي القدر ، وفي التوحيد ، ومسلم في القدر ، عن ابن مسعود .

(3) في د : فمتى طور زمن .

(4) في ي : مرضها .

(5) أو يولد ثانية .

(6) في ي : كانت هذه مولدة .

حرمان الولَد من ثمنها . وإنْ لم يترك ولداً لم يصدق ، وتُرَقّ[1] للتهمة ، إلاّ أنْ يكون معها ولدها[2] أو ببينة تشهد فتعتق من رأس المال . وعن مالك : لا تعتق إنْ لم يكن معها ولد في ثلث ولا غيره ، ورثه ولد أو كَلالة ، كقوله : أعتقت عبدين في صحتي ، وقاله أكثر الرواة .

في **التنبيهات** : قوله يصدَّق في الإستبراء ؛ ظاهرُهُ بغير يمين ، وهو مذهب **الموازية** ، وفي طلاق السنَّة بيمين . وقال محمد بن مسلمة : إنْ اتُّهم حلف ، وإنْ نَكَل لَحق به الولد ، ولا تردّ اليمين . وروي عن مالك ، والمغيرةُ لا يرى نفيَه بالإستبراء جملة . وقال عبد المِلك : لا تُستبرأ بأقل من ثلاثِ حيض . والرجل يتزوج المرأة فيطلقها فيزعم أنه لم يمسها فالطلقة بائنة ، ولا ترجع إليه إلاّ بِعقد جديد ، فإن ظهر بِها حمل فادَّعاه لحق به : وكانت له الرجعة بغير عقد ولا صداق . قال التونسي : يُصدّق في الإستبراء بغير يمين . قال : وانظر هل تحدُّ الأمة مع إقرار السيد بالوطْث فإنه استبراء . والحامل يمكن أنْ تحيض ، مع قوله في المطلقة تحيض ثلاث حيض ثم تلد : لا ينتفي الولد إلاّ باللِّعان ، لأن الحامل تحيض . وعنه : لا يلحقه إذا حاضت حيضة مستقيمة ، قال : وهو ضعيف ، قال : **فإن قيل** : اذا تزوجت زوجاً ثانياً بعد حيضة مستقيمة : فالولد للثاني إنْ وُلد لستة أشهر ، **قيل** : الثاني أقوى ، لأن الحيض على الحمل نادر ، وهو من الثاني غالباً فغُلب ، وحمله على الولد عند عدم الثاني أولى من إلزامها الزنا ، لأن الشرع طلب السِّتر ، فجعل المغيرةُ الأمة الثانية في ملك الرجل لا ينتفع فيها بالإستبراء ، كما لا ينتفع في الحُرَّة بعد الطلاق بالإستبراء إذا لم تتزوج غيره حتى يمضي ما لا يلحق فيه الولد وهو خمس سنين ، وإذا وطئها ثم استبرأها بحيضة ، ثم ظهر بها حمل قبل ثلاثة أشهر من حِينَ حَاضت ، أو تحرك لأقل من أربعة أشهر ، لزمه الولَد ، وحمل على أنّ الإستبراء وقع مع الحمل ، لأنه لا يمكن أنْ يظهر الولد لأقل

---

(1) في ي : ويرق .

(2) في ي : ولده أو بنته .

من ثلاثة أشهر ، أو يتحرك[1] لأقل من أربعة أشهر ، **وقوله** : كنت اعتقت هذا العبد في صحتي ، **قيل** : إنه باطل ، وقيل : إنه من الثلث ، وقيل : إنْ حمله الثلث جاز وإلاَّ بطَلَ كله ، لأن حمل الثلث له ينفي تهمته ، اذ لو شاء عيَّنه من الثلث ، وإنْ كان عليه دَين وقال : ولدتْ مِنّي ، لم يُصَدق ، كما لو قال : كنتُ أعتقت . واختلف اذا باعها فقال : ولَدت مني ولا ولد معها ، والأشبه أنْ لا يعتق ، لأنه لا يُصَدق في العبد فأولى في الأمَة ، لأنه يستمتع[2] بها ، قال ابن يونس : إنما سقطت عن السيد اليمين لأنه كدعواها عليه العتق والطلاق ، وكذلك الحدود لا يمين لِمدَّعيها ، ووجه اليمين : أن الحرائر يلزم فيهن اللعان ، فإن نكَل عن اليمين دخله[3] الخلاف إذا شَهِد واحدٌ بالعتق فنكَل أنه يحبس أم لا ، فأنه[4] يحبس ها هنا على ذلك القول حتى يحلف ، وإنْ أقرَّ بالوطء مع العزل لحقه ما أتتْ به ، وإنْ قال : كنت أُفَخذ ولا أُنزل فيها ، أو أطأ في الفرج ولا أُنزل : لم يَلحقه الولد ، قال محمد : وإنْ قال : كنت أطأ في الدبُر ، أو بين الفخذين حمل على ، لحقه ولا لعان له في الحرة ، والفرق بين : ولدتْ مني ، وبين : أعتقتُ في صحتي : أن الولادة شأنُها الإسرار ، والغالب في العتق : الإشهار ، فَلمَّا[5] : لم يُعلم إلاّ من قوله في المرض ، اتُّهم ولم يكن في الثلث ، لأنه لم يرد الوصية ، وإنْ كانت في الصحة وأقر بقبض الكتابة في المرض ، وورثه[6] كلالة ، وحمله الثلث ، جاز في أحد قوليه ، والفرق بين ثبوت الكتابة في الصحة ، وإقراره بالكتابة كوصيته بوضع الكتابة ، قال اللخمي : لم يختلف المذهب في تصديقه إذا نَفَى الوطء ، كانت رائِعة[7] أو من

---

(1) تقدم للمؤلف النقل عن ارباب علم التشريح أنّ الولد إن تخلق في خمسة وأربعين تحرك في ثلاثة أشهر ، ووضع لتسعة ألخ .

(2) في ي : لأنه لا يستمتع .

(3) في ي : دخل فيه الخلاف .

(4) (فإنه) سقطت من د .

(5) في د : قلنا .

(6) في ي : وورثه .

(7) مؤنث رائع ، اي جارية جميلة .

الوَخش[1] ، قال محمد : لا يمين عليه لأنها دعوى عتق ، قال : وأرى اليمين في الرائِعة ، لأن العادة تصدقها وللوطء[2] تُشترى ، والفرق : أنّ العتق نادر ، والوطء غالب ، ولو قيل : لا يصدق في العَلي وإنْ طال المقام لكان وجهاً ، وإنْ علم من السيد ميلُه لذلك الجنس أحْلف[3] ، وإنْ اعترف لوطء وأنكر الولادة ولا ولد معها ، صُدق مع يمينه إنْ ادعت عليه العلم ، وإنْ كان غائباً لم يحلف ، وقال عبد الملك : يقبل قولها مات السيد أم هو حي ، وَ إنْ باعها ، فإن شهدت امرأة بالولادة فخلاف[4] ، أو أمرأتان كانت أمَّ ولَد عند ابن القاسم ، ومنع سحنون إلاّ أنْ يكون معها ولد ، وإنْ شهد رجلان على إقراره بالوطء وامرأتان بالولادة : كانت أم ولَد ، وثبت نسب الولد ، قال محمد : يصدق قولها إذا صَدَّقها جيرانها ، أو أحد حضرها ، وليس يحضر مثلَ هذا الثقات ، وإنْ شهد رجلان على الوطء ولا بينة على الولادة ولا ولد معها ، لم يقبل عند مالك قولها ، ويختلف إنْ كان معها ولد ، وإنْ شهد شاهد على الوطء وامرأتان على الولادة وليس معها ولد وحَلف على تكذيب الشاهد فخلاف[5] وإنْ شهد شاهدان على الوطء وامرأة[6] على الولادة ، حلف على تكذيب شهادة المرأة[7] إنْ لم يكُن معها ولد شهد ، ويختلف إنْ كان معها ولد : هل[8] تصدق ويحلف ، أو يقبل قولها ، وإنْ شهد رجل على الوطء وأمرأة على الولادة ومعها ولد ، احلف على تكذيب شاهد الوطء ، وإنْ لم يكن معها ولد ففي يمينه قولان ، واليمين احسن ، لأنها أقامت لَطخا ، فإن حلف على تكذيب إحدى الشهادتين لم يحلف للأخرى ، وإنْ اعترف بالوطْء والولادة ولم

---

(1) الوخش : الردي من كل شيء .

(2) في ي : والموطىء .

(3) في ي : احلف .

(4) (فخلاف) سقطت من د .

(5) في ي : بخلاف إنّ شهد .

(6) في ي : وامرأتان .

(7) في ي : شهادة المرأتان .

(8) (هل) سقطت من د .

يدَّع الإستبراء فلا يمين إنْ أتت به لأقلّ من مدة الحمل أو أكثرها ، إلاّ أنْ يختلفا في وقت الإصابة ، فيصدق مع يمينه ، لأن الأصل : بقاء ملكه ، وإنْ اعترف بالوطْء في الدبر ، أو بين الفخذين : فقولان ، وقال محمد : إنْ كان الموضع يصل منه الماء إلى الفرْج لحق به الولد ، وقيل : لا يلحق لأن الماء (يفسد)[1] بملاقاة الهواء : قال : والأحسن : اللحوق ، لأن فساده بالهواء مظنون ، فلا تبطل به الأنساب ، وإنْ أنزل بين شفري الفرج لحقه ، قولاً واحداً ، وإنْ قال بعد البيع : ولدتْ مِني : قال مالك : تُرد إليه إلاّ أنْ يتهم عليها ، وقال أشهب : لا ترد إلاّ أنْ يكون معها ولد ، وعن مالك : يصدق في ولدها دونَها ، لأن إقراره بالنسب يبعد التهمة فيه بكثرة أحكامه ، ويَرد نصيبه من الثمن ، وبه قال ابن القاسم إلاّ أنْ يثبت إقراره بالمسيس قبل البيع فترد مع الولد ، وإنْ كان معْدِما اتبع بالثمن (وبه قال ابن القاسم إلاّ أنْ يثبت اقراره بالمسيس قبل البيع فتردّ مع الولد ، وأنْ كان معدماً اتبع بالثمن)[2] وعن ابن القاسم : ترد إليه إلاّ أنْ يتهم بالعشق[3] أو بزيادة أو إصلاح[4] حال ما في نفسها وهو موسر ، وإلاّ لم يقبل قوله لتقرر الوَلاَء ، وعن عبد الملك : إنْ سمع إقراره بمسيسها[5] قبل بيعها ردت إليه في ملائه وعُدمه ، اتُّهم أم لا ، معها ولد أم لا ، عتقت أم لا ، كأُمّ ولَد بيعت ، قال : وأرى تصديقه تقدم إقراره بالوطء أم لا ، لأنها إنْ كانت من العَليّ فشأ نُهن الوطب ، أو من الوخش ، فإن ولدهن يُكتَم خشيةَ المعَرّة إلاّ أنْ يعلم أنّ له هوًى في تلك الأمَة ، ويُقبل الإقرار بالولَد إذا ولد لستة أشهر من يوم مَلَك أُمّه ، أقر عند قيام الغرماء ، أو في مرضه ، أو ورثه كَلاَلة ، أو باعه والورثة ولد ، واختلف إذا كان كلالة ، لم يقبله مالك ، وقبله غيره ، إذا لم يعلم له نسب لغيره ، قال سحنون : وعليه العمل .

---

(1) بياض في د .

(2) ما بين القوسين سقط من د .

(3) في ي :بالتعشق .

(4) في ي : او باصلاح حالتها في نفسها .

(5) (بمسيسها) سقطت من د .

الثاني في الكتاب : إنْ باعها فولدت لستة أشهر فأكثر وادَّعى[1] البائع الوطْء أو اقر بالوطء ، أو باعها حاملاً ثم ادعى الولد بعد الوضع لحق إنْ لم يتهم ، ويرد[2] البيع ، وصَارت له أم ولد ، أو باعها ومعها ولد ، ثم استلحقه بعد الموت بعد سنين كثيرة لَحق إنْ لم يتّهم بإنقطاع الولَد إليه ، وهو لا وَلَد له ، وقال أشهب : إنْ وُلد عنده من أَمَته ولم[3] يكن له نسب لَحق به ، ويرد[3] الثمن ، وتكون له أم ولد ، وإنْ كان ورثته كلالة ، وقاله كبارُ اصحاب مالك ، قال سحنون : هذا أصل قولنا كقول ابن القاسم في المديان : يستَلحف ، ولا يلحق الأمة الديْن ، وكذلك أمهات الأولاد لا يلحقهن الديْن ، بخلاف المديان يعتق ، وقاله جميع الرواة ، فهذا كان أولى بالتهمة من المستلحق في المرض لإتلافه أموالَ الناس ، إلاّ أنّ استلحاق النسب يقطع كل تهمة ، قال أشهب : اذا طلق أمرأته قبل البناء وادَّعى حملها جاز ارتجاعُها بغير صداق ولا عَقد ، لأن الولد قاطع للتهم[4] ، قال ابن يونس : قال محمد : إنْ كان[5] ملياً غير متهم بهوى رُد[6] البيع أيضاً اتفاقا ، وتكون أم ولد ، ولا ترَد عند ابن القاسم حتى يسلم من هذين ، وإلاّ رُد إليه الولَد خاصة بما ينوبه من الثمن ، وقاله ابن القاسم ، إلاّ أنْ يثبت إقراره بالمسيس قبل البيع فيرد مع ولدها ، ويتبعه بالثمن ، قال محمد : إنْ ادعاه المشتري وقد ولد عنده لستة أشهر فهو أحق به من البائع ، وحجة سحنون على ابن القاسم باستلحاق المديان على استلحاق المريض لا يلزم من وجهين : أنّ المديان استلحق ما في ملكه بخلاف المريض ، وأبقى ذمته لغُرمائه ، بخلاف المريض ، **وجوابه** : أنّ المديان يمتنع تبَرعُه ، والمريض يتبرع في الثلث ، فهو أملك لما في يديه ، فتهمتُه أضعف ، وذمةُ المديان لا أثر لها ولا يرضى بها أحد ، ولو كانت شيئاً معتبرًا للزم ذلك في عتقه ، بَلْ

---

(1) في ي : وادعى البائع الولد وأقر بالوطء .
(2) في ي : ورد .
(3) في ي : لم يكن .
(4) في ي : للتهمة .
(5) (كان) سقطت من ي .
(6) في ي : غير متهم بموارد البَيع .

العلة : أنّ الإستلحاق لا يتهم فيه ، لأن فيه ضَيَاعَ مالية الأَمَة والتزامَ نفقتِها ونفقة الولـد ، وقطع ميراث رحمه ، ودفعه لأجنبي ، ولا سيما حالة الموت ، ولذلك لا يُتَّهم المديان في ضَيَاع مال الغرماء ، قال ابن القاسم : إنْ أُحاط الدَّين به وادّعى أنّ ولَد هذه الأمة منه ، صُدق في الأمة وفيه بخلاف المبيعة ، ولو لم يكن لها ولد لَم يصدق مع الدْين المحيط ، ولا تصدق أنهـا أسقطت إلاّ أنْ تشهـد النساب بِـهِ ، أو فشَا ذلـك من قوله قبل دعواه .

الثالث في الكتاب : إنْ أقرَّ بوطئها وباعها قبل الإستبراء وأتت بولد يشبه أنْ يكون من وطئِه ، فأنكره البائع ، لِحقَه ورد البيعُ إلاّ أنْ يدعي الإستبراء . وَإنْ أقر بوطْء أَمَته وأنكر أنْ تكون ولدتْه ، فهو كقول مالك في المطلقة تدعي الإسقاطَ وانقضاء العدة ، ولا يعلم ذلك إلاّ من قولها . فلا يكاد يخفى على الجيران السقط والولادة ، وهِي وجوه تُصدق النساء فيها . في **التنبيهات** : قيل : يصدق بحضور الولد بكل حال ، وهو عن مالك ، وإنْ لم يعلم الجيران حملاً ولا ولادة ولا طلاقًا[1] ، كان الولَد للفراش إذا كان معها الولد ، وإلاَّ فلا بد من شهادة امرأتيْن عدلتيْن ، وقيل : إنْ ادَّعت على سيدها علماً أحْلفته وإلاّ فلا ، وقيل : فرق ابن القاسم ، إنْ أَقَر بالوطء صُدقت لاعترَافه أنه أودعها الولد ، وهي تقول : هذه وديعتك : وإنْ لم تعترف بالوطء لا تصدق[2] إلاّ بالمرأتيْن ، وقيل : سواء على قوله ، أقر أو قامت عليه بينة بالإقرار ، قاله سحنون ، وعن ابن القاسم : لا تصدق في الولادة كما لا يحلف في العتق إلاّ أنْ يشهد رجلانِ على الإقرار بالوطء ، وامرأتان على الولادة إلاّ أنْ يدعي استبراء ، وظاهرهُ : لا يُصدق[3] وإنْ كان معها ولد إلاّ بما ذكر ، وإذا لم يولد عنده ولا عند المشتري : فَعَن مالكَ وابن القاسم : يلحق به إلاّ أنْ يتبين كذبُه ، وعنه : إذا لم تكن الولادة عنده أو عند المشتري لا تنقض[4] الصفقة

---

(1) في ي : ولا طلق لأن الولد .

(2) في ي : لا يصدق .

(3) في د : لا تصدق .

(4) في ي : لا تنقص .

ولا يلحق النسب لِحَق المشتري في العقد ، وإنْ قال : أولاد أَمَتِكَ مني زوجتَنيها ، وأنكر ذلك السيد ، ثبت نسبهم منه ، وإنْ أشكل قول الأب ، صُدق عندَ مالك ، واختلفت الرواية فيما ظاهرُه كذب مع تجويز صدقه ، كادّعائه مولوداً في ارض الشرك ولم يعلم[1] دخولُه تلك البلاد ، ومثله : دعواه غلاماً لم تَزل أمه مِلكاً لغيره حتى ماتت ، وقال : لا أدري ما هذا ، وفرق بينه وبين من لم تزل زوجتهُ ، وجعله مثل دعواه الولادة في أرض العدو ، وقيل : تستوي المسألتان ، والحرة والأمة إنْ لم يكن نسبٌ معروف ، قال ابن يونس : إذا ادَّعى الإستبراء ولم يلحق الولد هل تُحَد الأمة ؟ توقف فيه الأصحاب ، قال بعضهم : ذلك شبهة[2] تَدَرأ الحد .

فرع

قال ابن يونس : وإنْ ولدت أم ولدِ رجلٍ ولداً فنفاه جاز إنْ ادّعى الإستبراء ، هو إلاّ لَحقه ، ولا ينظر إلى إقراره بالوطء بخلاف الأمة ، لأنه جعلها أَمَة[3] ولده يستلحقه[4] حتى يدعي استبراء ، وإنْ مات سيدُ أم الولد ، وأعتقها ، فأتت بولد لأربع سنين ، أو لِمَا تَلِد له النساء ، لَحقه ، إلاّ أنْ يدعي الحي استبراء ، أو ينفي[5] الولَد ، ويصدق في الإستبراء ، قال اللخمي : قال محمد : أمة معها ثلاثة أولاد ادّعت أنهم من سيدها ، فأقر بالوسَط ، وقال : لم تَلد الآخرين مِنّي ، صُدق في الأول ، لأنها أَمَة لا أم ولد ، وصُدقت في الثالث ، لأنها صارت فراشاً ، إلاّ أنْ يدعي[6] استبراء ، وإنْ اعترف (بالآخر صُدق في الأولين ، وظاهر قوله : أنه يصدق في نفي الولادة وإنْ اعترف)[7] بالوطء ، وهو أَحَد القولين ، وإنْ أنكر الوطء فساوى الأول والثالث .

---

(1) في ي : يكن .
(2) (شبهة) سقطت من د .
(3) في ي : حرابة .
(4) في ي : فيلحقه .
(5) في ي : أو يبقى .
(6) في ي : تدعي .
(7) ما بين القوسين سقط من ي .

الرابع ، في **الكتاب** : إذا زَوَّج أمَتَه بعبده أو بأجنبي ، ثم وطئها السيد ، فالولَد للزوج لأنها فراشه ، إلاّ أنْ يكون منعزلاً[1] عنها مدة يبرَأ فيها الرحِم ، فيعتق بالسيد ، لأنها أمته ولا يُحد ، وكذلك إنْ أتت بوَلد لستة أشهُر ، وقد دخل بها زوجها ، فسد نكاحه لأنه تزوج[2] حاملاً ، ولحق الولد بالسيد إنْ أقرَّ بالوطْء ، إلاّ إنْ ادعى استبراء ، وإنْ وطيء أمةَ مكاتبَه[3] لحَق به الولَد لشبهة المِلك وكانت له أم ولد ، ولا يجتمع الحد والنسب ، وعليه قيمتُها يومَ حملت دون الولَد ، فإن كان عديماً والذي على المكاتب كفافُ القيمة ، عجل عتقه ، وقاصَّ المكاتب سيدَه بذلك ، وإنْ زادت القيمةُ اتبع سيده بالزيادة ، وقال غيره : ليس للسيد تعجيلُ ما على المكاتب ، وتُوقف القيمةُ في ملائمة ، وتباع الكتابة[4] لذلك في عدمه ، فإن كانت كفافاً كانت أم ولد للسيد ، وللمكاتب أخذ قيمة أمَته معجلاً ، والأداء على نُجُومه إلاّ أنْ يشاء أنْ يأخذ ما[5] بيع من كتابتِه لتعجيل عتقه فذلك[6] ، فإن كانت الكتابة نصف قيمة الأمة ، بقي نصفها رقيقاً ، ونصفها للسيد بحساب أم الولَد ، واتبع السيد بنصف قيمة الولَد ، فإن وطيء أمةَ ابنِه الصغير أو الكبير دُريء عنه الحَد لأن له في ماله شبهة الإنفاق والإعفافِ ، وقُومت عليه يومَ الوطْء حَمَلَت أم لا ، ملياً أو معْدماً ، قال ابن يونس : إذا وطئها السيد ليس للزوج نفيُه إلاّ باللّعان كرؤية الزنا ، وأما بوطء السيد فلا ، قال أصبغ : والإستبراء في هذا حَيضة أو قدرها نَحو الشهر فيلحق حينئذ بالسيد ، ويؤدب إنْ لم يُعذر بجهل ، وترد الأمة إلى زوجها إذا وَضَعت ، وإذا مات سيدها عتقت ، ولها اختيارُ نفسها ، والزوج عبد ، ولا يقبل قولُ الزوج : أنّ الولد منه ، وقال : كنت أغشاها من موضع سرّاً

---

(1) في ي : منقولاً .

(2) في ي : يتزوج .

(3) في ي : مكاتبه .

(4) في ي : الكتابة الولد .

(5) في ي : بما .

(6) في ي : فلذلك .

إلاَّ ببينة ، لأن فيه ابطالَ الوَلاء والعتقِ على السيد بالإستيلاد ، وإنْ مات الزوج أو طلق رجَعت للسيد ، وحل له وطؤها ، قال محمد : وطؤه لأمة عبده انتزاع لها .

فرع

في **العتبية** : قال مالك : إنْ مات عن أمة حاملٍ منه حملاً بيناً تمت حريتُها في الشهادة وغيرها ، وتَعجَّب من قول غيره : لا تتم حريتُها حتى تضعَ ؛ وقال المغيرة : توقف احكامُها لإحتمال أنْ يكون ريحا أو مرضاً . قال ابن يونس : يحتمل قول مالك في مقاصَّة المكاتب : إنْ رضي المكاتب ، فيتفق القولان ، قال محمد : إنْ وطيء أمةَ ابنِه الصغير ، ولزمته القيمةُ ، حل له وطؤها ، قال سحنون : بعد الإستبراء ، وليس للولَد أن يتمسك بها إذا لم تحمل ، قاله ابن القاسم ، قال محمد : ولا لَه[1] أخْذُهَا فيما ثَبتَ له من القيمة ، قال مالك : إذا وطيء أحد الشريكيْن فللآخر التمسكُ بنصيبه إنْ لم تحمل ، بخلاف الإبن ، لأنها تحل له ، وتحرم[2] على الإبن يخيف[3] أنّ يغيب عليها ، قال ابن القاسم : إنْ كان الإبن كبيراً أو الأب عقيماً قُومت عليه يومَ الوطْء ، وبيعت في القيمة إنْ لَم تَحمل ، وكذلك المرأة تُحل جاريتَها لزوجها أو لغيره فتحمل ، غرَم[4] قيمتَها ملياً يومَ أحبلها ، وبقيت أم ولد ، ولا قيمة عليه في ولده ، وإنْ لم تحمل فقيمتُها يومَ الوطء ، أو عديماً ولم تحمل ، بيعت عليه ، وإنْ لم توَف بالقيمة اتبع بالبقية ، وليس للمُحل[5] التمسكُ بها وإنْ لم تحمل ، لأن رَدَّ مَاله تحقيق لعارية الفروج ، ويخاف أنْ يحبلها[6] ثانية ، وقال عبد الملك : لِلإبن التمسكُ في عُدم الأب وملائه إذا لم تحمل إنْ كان مأموناً عليها ، بخلاف المحلَّل له ، لأن المحلَّل له تعمد ذلك فعُوقب بأن لا تعود

(1) في د : ولانه اخذها فيما يثبت .
(2) في ي : ويحرم .
(3) كذا في النسختين .
(4) في ي : فيحمل قيمة غرمها ملياً .
(5) في ي : للمحلل .
(6) في د : ان يحلها .

إليه ، وخوفاً أنْ يحبلها[1] ثانية ، وذريعة لعارية الفروج ، والإبن لم يُبح أمته فيخشى منه ، فإذا كان مأموناً رُدت إليه كالشريك ، وإذا قومت على الأب إنْ حملت وكان الإبن قد وطئها قبل ذلك ، عتقت على الأب ، لأنه حَرم عليه وطؤها وبيعها ، ولحق به الولد ، ولو لم تحمل حل له بيعُها دون وطئها ، قاله مالك ، قال عبد الملك : وإنْ وطئها الإبنُ بعد وطء الأب سقطت القيمةُ عن الأب بمُصاب[2] الإبن ، وتباع على الإبن فيعطى ثمنها ما بلغ ، أقل من القيمة أو أكثر ، وقال أصبغ : يقوم[3] على كل حال ، ويأخذ قيمتها يوم وطئها إنْ اختلفت القيمة ، لأنه يومُ التفويت ، وتباع على الإبن لأنه وطئها بعد لزوم قيمتها للأبِ يومَ وطء الأب وضمنها ، ثم يتحاسبان ، فمن كان له فضل أخذه ، أو عليه نقصٌ أداه ، فإن وَطِئها في طُهر وَاحِدٍ ، فألحق القافةُ[4] ولدَها بالإبن فهو لَلواطيء أولاً ، وتعتق عليه ، ولزم الأب قيمتها له لأنه أفسدها عليه ، وإنْ كان هو الأب لزمته القيمةُ ، ويلزم قيمتها للأب يومَ وَطئها الإبن ، ويَتحاسبان كما تقدم ، وإنْ ألحقتْه بالثاني وكان هو الإبن تحاسبا ، أو كان هو الأب غرَم قيمتَها للإبن على كل حال بما أفسدها ، قاله عبد الملك ، وإنْ وطىء الإبنُ أمةَ الأب حُدَّ ، وأما الجد من قِبَل الأب والأم فلا يُحد من وطْء أمة ابنِه ، ولا يقطع مِن سرقة ماله ، لأنهم آباء وإنْ لم تلزم نفقتُهم ، لأن الأب لا تلزمه نفقةُ ابنه الكبير أو ابنته الثيّب ، ولا يقطع في سرقته مِن مالهما ، ولا يحَد في جَواريهما ، وقال أشهب : يُحَد فيهما كالأجنبي ، وانما جاء : (**أنت**[5] **ومالك إلى أبيك**) في

---

(1) في د : ان يحلها .

(2) في د : بمصار .

(3) (نقوم) سقطت من د .

(4) جمع قائف . وهو من يحسن معرفة الأثر بفراسته ، ويعتمد قوله في الاستلحاق في النسب . وقد مر ذكره في الكتاب .

(5) حديث رواه ابو داود في البيوع من سننه رقم : 3530 وابن ماجه في التجارات من سننه رقم : 2292 ، وابن الجارود في (المنتقى) رقم 995 وابن حبان وغيرهم ، عن عمرو ابن شعيب عن ابيه عن جده ، وعن جابر وعائشة . وهو صحيح وفيه قصة ، ولفظه المشهور : أنت ومالك لأبيك .

الأب ، ولأن الجَد لا نفقة له ، قال محمد : إنْ وطيء الجد أمةَ ولده العبد فحملت فعليه قيمتها ولا يحَد ، وهي له أم ولد ، وإنْ كان مُعدماً بقيت رقيقاً للإبن ، واتبعه بقيمة الولَد بعد وضعه ، فإن عتق الإبن وهي حَامِلٌ بعد النظر فيها بقي الأمرُ عَلَى ما كان ، فإن أَيسَر الأب فاشتراها فله بيعها إنْ شَاء ، وإنْ اعتق الإبن قبل[1] النظر فيها كانت له[2] أم ولد واتبعه بقيمتها فقط في عُدمه ، وعن ابن القاسم : يضمن قيمتها حملت أم لا ، ولا يكون لِسيد العبد خيار ، فإن كان ملياً أعطى السيد العبدَ قيمتَه ، أو معسِراً اتبعه بها إن حملت ، وبيعت إنْ لم تحمل لأنه أفسدها بوطئه ، قال محمد : فإن كان الأب الرقيق لم تكن له أمَّ ولد لأنه عبد ، ولا يتبع بقيمتها لأنه ليس من معنى العطب[3] ، ولا حد عليه للشبهة ، ولو قال الإبن : اسلمها إليه واتبعه بقيمتها، لأنه حرمها على امتنع ، لأن ما في بطنها عتق على أخيه ، فإن سلمها بلا ثمن لم تكن له أم ولد ، وقال ابن القاسم : ذلك جناية ، والقيمةُ في رقبة العبد ، لأنه أفسدها ، وإنْ شاء السيد فداه بقيمة الجارية ، وتكون الجارية للعبد ، والعبد للسيد ، وإن سلمه كان حراً على أبيه ، وتَتبعه الجارية وتكون أم ولَد إنْ كانت حاملاً ، لأنها من ماله ، والولد لسيد العبد أسلَمه أو فداه ، ولا يخير الإبن في أخذ الجارية ، فإن ماتت قبل تخيير السيد ضَمِنها العبد في رقبته كالخيانة ، فإن فداه السيد بقيمتها فهي للسيد ، وإنْ أسلمه عتق على أبيه ، قال محمد : لا يعجبني هذا ، وأي[4] جناية في تحريمها على الإبن ، ولا قيمة للوطْء ، كما لو رَجع شاهد الطلاق بعد الحكم لم يغرم شيئاً ، قال ابن القاسم : وإنْ وطيء الأب أم ولد ابنه غرَم قيمتها على أنها أمة ، وعتقت على الإبن لِثبوت الولاء ، وعتقها لتحريمها علهما ، وَإنْ وطيء زوجةَ ابنِه لم تحرُم على الإبن في أحد قولَي مالك بخلاف أم الولَد ، لعَدم الحد في أم الولد ، وثبوته في الزوجة ، فإن ولدت أم الولَد بعد وطء

(1) (قبل) سقطت من د .

(2) (كانت له) سقطت من د .

(3) في ي : العصب .

(4) في ي : واراجناية .

الأب لَحِق به الإبن ، إلاّ أنْ يكون معزولاً عنها قبل الوطء مدةً مثلُها استبراء ، فيلحق بالأب ، وقيل : إنْ أشبه أنْ يكون من وطء الأب ، دُعي له القافة ، وإنْ لم يكن معزولاً عنها ،لأنه كوطء مالكيْن ، بخلاف وطء السيد أمتَه وهي زوجة لعبده أو لأجنبي ، والزوج مرسَل عليها هذه[1] يلحق الولد بالزوج لأن فراشه مقدم لصحته ، وإنْ ولدت أمةٌ ولداً فادَّعاه أبو سيدها : قال محمد : لحقه وقُومت عليه وتكون لهُ أم ولد ، أنكر ذلك الإبنُ أم لا ، إلاّ أنْ يدعيَه فهو أحق ، للفراش الصحيح ، قال ابن القاسم : إنْ كان الولد عبداً لم يُحد وقيمةُ[2] أم ولد ابنه في رقبته يفديه السيد ، أو يسلمه ، وتعتق أم الولد على الإبن لتحريمها عليه ، ولا يُتهم الأب أنه أراد أنْ يكون عبداً لإبنه ، كما لو قطع له عضواً لكان في رقبته ، وكذلك وطْؤه لأمته البكر عليه ما نَقَصها ، ولا يلزمه من الثيب شيء ، قال ابن عبد الحكَم : إنْ وطيء نصراني أم ولد ولده النصراني وأسلما عُتقت على الولد ، لتحريمها عليه ، ولا قيمة على الوالد ، لأن الولَد لو وطئها بعد وطْء أبيه لم يمتنع في نَصْرَانِيتهما[3] ، ولو كانت أمة فأسلمت وهي حامل فليعتق ما في بطنها على أخيه ، ولا يقوّم على الأب ، وهي أمة للإبن ، ومن وطيء مدبَّرَةَ ابنه فَحَملَت ضَمن قيمتَها أمةً ، وتكون أم ولد الأب ، وإنْ لم تحمل وقفت القيمة إنْ مات الإبن وحملها الثلث رجعت القيمة للأب ، وإنْ لحقه ديْن برقها كانت للأب بالقيمة الأولى ، قال محمد : وإنْ زوج أمتَه وقال : هي ابنتي فَوَلَدت لم يُحَد ، ولحق الولد بالزوج بقيمته ، ولا تكون أم ولَد بل زوجة ، إنْ شاء فارقها وعليه قدرُ ما يستحل به فرجَها ، ورجع ببقية الصداق على سيدها ، لأنه غرَّهُ . أو ثبتت على النكاح بالصداق المسمَّى ، وما ولدت قبلُ[4] ، وتلزم قيمتهم ، وما وَلَدت بعد علمه ورضاه فَرَقيق للسيد ، لأن الولد يتبع أمَّه في الحرية والرِّقِّية ، وإنْ زوجه ابنتَه

---

(1) في د : بعده .

(2) في د : وقيمته .

(3) في د : في قصد ابنها .

(4) في ي : قيل .

وأدخل عليه جاريتَه فولدت فهي له أم ولد ، وتلزمه[1] قيمتُها يومَ الحمل دون ولدها كَمن أحل جاريتَه ، وسواءِ علم الزوج قبل الوطْء أنها غيرُ زوجته أم لا ، لا يُحد ، وتلزمه قيمتُها حملت أم لا ، وتكون ملكاً له ، قال محمد : إنْ وطىء الموصَى له الموصَى بها قبل موت الموصِي ، ثم مات ودفعت له ، هو زان ، ويحد ، ولا يلحقه النسب ، لأن الوصية لا تملك إلاّ بعد الموت ، فإن وطئها بعد الموت والديْنُ يغترقها فلا حد عليه ، ويلحقه الولَد ، وإنْ كان موسراً غرَم قيمتَها وكانت له أم ولد ، أومُعدِماً بيعت بعد الوضع دون ولدها ، واتبع بقيمته كالإبن يطأ من تركة أبيه ، والدين يغترقها ، لأن الديْن ليس في عين الجارية ، والإرث والوصية في عينها ، قال اللخمي : إذا زوجها السيد ووطئها هو والزوج قبل الإستبراء وأتت بولَد لستة اشهر فأكثر : فثلاثة أقوال : تُدعَى له القافة ، قاله مالك ، وعن ابن القاسم : هو الثاني ، وإنْ كان بين الوطئيْن يوم ، وقال ابن مَسلمَة : للأول لأنه صحيح ، والثاني فاسد ، وإنْ صح النكاح ، لوقوعه بعد الإستبراء ، وأصاب الزوجُ ثم السيد في طُهر : قال مالك : لحق بالزوج ، وفرق بين تقدم المِلك فتُدعَى[2] له القافة ، أو تقدم النكاح فهو للأول ، وإذا قلنا للأول ، ففي مقدارالفصْل بين الوطئيْن شهر لأصبغ ، وللمغيرَة قدرُ ما لا يحمل له النساء ، وإذا وطىء أَمةَ عبده وعليه ديْن يغترقها غَرَم قيمتَها للغرماء ، فإن كان مُعسراً ، وقيمتُها وقيمة العبد سواء بيع العبد في قيمتها ، وإنْ كان ثمنه يفي بنصف قيمتها بيع لهم نصفها في باقي الديْن ، فإن وطىء مكاتبة عبدِه ولم تحمل ، بقيت على كتابتها ، ولا يحد لشُبهة المِلك ، وإنْ حملت خُيرت بين الكِتابة والتعجيز ، وتكون أم ولد ، ويختلف إذا وطىء أم ولدِ ابنه ، في عِتقها على الإبْن وتغريم القيمة وصفة القيمة ، فقيل : لا تعتق وان حرم الوطء[3] وهو على الخلاف في تزويجها ، فَمَن أَجازه لم

---

(1) في د : ويلزمها .

(2) في ي : فيدعى .

(3) (وان حرم الوطء) سقطت من د .

يعتقها ، لأنه بقي له عوضُ البُضع بالزواج ، وإنْ جنى عليها انتفع بقيمتها ، وإنْ ولدت حرمه[1] ولدها ، فما لزم ثمن التحريم عدم[2] النفع ، والصحيح : العتق لنُدْرة هذه الأمور ، وإنْ وطيء معتقة إلى أجَل لولده فلم تحمل : لم يكن عليه شيء ، لأنها محرمة على الإبن قبل الوطء كالمكاتبة ، وإنْ حملت فلا شيء عليه ليلا ينتقل الوَلاء ، ويعتق الولد على أخيه .

الخامس : في **الكتاب** : إذا وطيء الشريك فلم تحمل ، فَلِشريكه التمسك بنصيبه بخلاف الإبن إنْ كان الإبن كبيراً والأب عديماً قومت عليه يومَ الوطْء ، وبيعت عليه في تلك القيمة إنْ لم تحمل ، وكذلك المرأة تُحل جاريتَها لزوجها أو ابنها أو أجنبي ، والفرق حِلها للشريك[3] وتحريمها على الإبن ، وإذا بيعت عليهم في العدم[4] فلم يوف الثمن بالقيمة اتبعت بالبقية ، وليس للمُحِل التماسك بها وإنْ لم تحمل ، لأنه لا يؤمن عليها ، وإذا قُومت أمةُ الإبن على الأب وقد حَمَلَت منه وكان الإبن[5] قد وطئها (عتقت على الأب ، لأنه حرم عليه وطؤها وبيعها ، ولحق به الولد ، ولم تحمل من الأب ، حل له بيعها وقد وطئها)[6] وإنْ وطيء الأب أمةَ ولدِ ابنه غَرَم لابنه قيمتَها وعتقت على الإبن لاَ على الأب ، لِتحريمها عليهما ، ولثبوت الولاء له أو لا .

النظر الثاني . فيما تكون به أم ولد .

في **الجواهر** : مَن أقر بوطْء أمته وولدت لمدة لم تزد على مدةالحمل ولا تنقص عن ستة أشهر ، صارت به أم ولد ، أتت به في حياته أو بعد وفاته ، أو بعد أنْ أعتقها ، إلاّ أنْ يدعي[7] استبرات لم يطأ بعده ، فإن ادْعت الوطْء بعد الإستبراء لم يكن لها تحليفه

(1) في ي : خدمة .
(2) في ي : غرم .
(3) (حلها للشريك) محلها بياض بـ د .
(4) في ي : العلم .
(5) (الإبن) سقطت من د .
(6) ما بين القوسين سقط من د .
(7) في ي : تدعي .

كدعوى العتق ، وقال المغيرة : لا بد في الإستبراء من ثلاث[1] حِيَض ، وتحلف على ذلك ، وقال سحنون : أصحابُنا كلهم يقولون : تجزىء[2] حيضة لدلالتها على برَاءَة الرحم : ولا تحلف ، وما أتت به من ولد حي أو ميت ، مُخلّقٍ أو غير مُخلَّق مما يقول النساء : إنه متنقل في الأطوار كالعَلَقة والمُضغة ، فهي بذلك أم ولد ، وخالفنا الشافعي[3] في المضغة ، وإنْ قال النساء : إنه مبدأ خلق ، ووافقنا فيما إذا كان فيها أصبعٌ أو عضو ، لأن اللحم قد يتولد مما يسمي الحيا[4] معلوم عند الأطباء ، والأصل : بقاء الملك ، **وجوابه** : الغالب : التوليد والسلامة من الأمراض لا سيما هذا المرض . وفي **المنتقَى** : قال أشهب : إذا طرحت دَماً مجتمِعاً أو غير مجتمع لا تكون به أم ولد ، فإذا صار عَلَقة خرج عن الدم المجتمِع ، لأن الدم قد تُرْخيه الرحمُ من غير ولادة ، وقول ابن القاسم في **المدونة** وغيرها : تكون به أم ولد ، لما في الصحيح[5] : أنّ الجنين يكون علقةً أربعين يوماً ، ثم يكون مضغة أربعين يوماً . وقد تقدم في النظر الأول .

فروع من هذا النظر . ونذكر ها هنا فرعين :

الأول : في **الكتاب** : أنْ اشتريت امرأتك لم تكن أم ولد بما[6] ولدته قبلَ الشراء ، وتكون أم ولده إنْ اشتريتَها حاملاً . قاله ابن القصار ، وقال (ح) : تكون أم ولد بما وُلد قبل الشراء إذا اشتراه معها ، وبما هِيَ حاملٌ به ، وقال (ش): لا تكون أم ولد بالحمل ، ولا بما تقدم ، وروي عن مالك . **لنا** على (ح) : قوله[7] عليه السلام : **(أيُّمَا رَجُل وَلَدت منه أَمتُه فهي معتقة عليه**

---

(1) في ي : ثلاثة .

(2) في ي : تكفي .

(3) في ي : (ش) .

(4) في ي : الحبا .

(5) تقدم تخريجه .

(6) في ي : لما .

(7) في ي : قوله ﷺ ، والحديث رواه احمد وابن ماجه والدارقطني والحاكم والبيهقي من حديث ابن عباس قال الحافظ ابن حجر في (تلخيص الحبير 217/4) : وله طرق . لا يصح منها شيء والصحيح انه من قول ابن عمر موقوفاً .

عن دُبُر منه)[1] عن دبُر منه مفهومه : إنْ ولدت وليست أمتَه . لا تعتق عليه ، ومنطوقُه[2] : أنها أم وَلد إنّ اشتراها حاملاً ، لأنها ولدت منه وهي أمته ، وفي الصحيح[3] عنه عليه السلام في مارية : **(أَعتَقَها وَلَدُها)** لَمَّا وَلَدت إبراهيم ، والضمير في قوله : اعتقها يعود عليها بِصِفَتِها ، ومن صِفتِها أنها أمَتُه علية السلام ، مفهومُه : أنها لو كانت أمةَ غيره لم يُعتقها ولدْها ، **احتجوا** بقوله عليه السلام : **(اعتَقَها ولدُها)** فجعل السبب في عتقها ثبوت نسب ولدها منه عليه السلام ، وهو معنى موجود في الولد السابق ، ولأنها إنما كانت أم ولد إذا أحبلها في ملكه ، لأن نَسبَ ولده ثابت منها ، فكذلك ها هنا ، ولأن نسبةُ من ولده يثبت في ملك الغير ، فكذلك الإستيلاد ، لأنهما حكمان تابعان للولَد .

والجواب عن الأول : أنّ الضمير يمتنع عودُه على الذات المشتركة بينها وبين غيرها ، بل لا بد من معنى هو صِفة مشتقة تناسب العتق ، وما ذاك إلاّ كونُها أمتَه عليه السلام ، والحكم ينتفي لإنتقاء علّته .

وعن الثاني : أنه ينتقض بزواجه كافرة حربية ، أو ذمية فيولدها ، ثم يَنسَى فيشتريها ، فإنها لا تكون به أم ولد ، ولأن الفرق : أنه إنْ أولدها في ملكه حملت بولد حر فيناسب أنْ يفيد الحرية لَها ، وفي مِلك غيره رقيق فيضعف عن إفادة الحرية .

وعن الثالث : الفرق بأن قوة النسب أعظم من قوة كونها أم ولد ، لأن الإبن إذا ملكه يعتق في الحال ، وأم الولد لا تعتق في الحال ، و**لنا** على **(ش)** : إجماعُنا على امتناع بيعها وهي حامل ، والأصل : بقاء ذلك ، ولأن النصوص المتقدمة عامة في الحمل المفارق للشراء والمتأخر ، ولأن وطئه أو ملكه في الأم بأثر الحمل فيعتق ، ويكون

---

(1) في ي : عن دين ، وسقطت الكلمة من د .

(2) في ي : وسطوته .

(3) ليس في الصحيح . وانما رواه ابن ماجه والحاكم من حديث ابن عباس بسند ضعيف . ورواه ابن حزم في **المحلى** من طريق قاسم بن اصبغ بسند جيد كما قال الحافظ في : (الدراية 87/2) .

كالمتأخر . **احتجوا** بقول[1] جابر : كنا نبيع أمهات الأولادْ على عهد رسول الله ﷺ . وهو متقدم في الولد المتأخر فيبقى حجة في غيره . ولأن الولد كان رقيقاً ، وإنما حَصَلَت له الحرمة في ثاني حال ، فأشبه مَن أعتق جنينَ أَمتِهِ ، فإنها لا تصير أُم ولد ، ولأن الولد الذي أجمعنا[2] عليه هو الذي لا يمكن اثباتِ وَلَائِهِ[3] للغير ، وهذا يُمكن إثبات ولائِه لبائع الأمة بأن يغفل عن شرائها حتى تضعه ، ولأنها لَو اشتراها أبوه لم تصِر أم ولد ، فلو كانت الحرية تنتشر لانتشرت بشراء الجَد ، لأنه كالأب ، لأنه يعتق عليه[4] ابن الإبن كما يعتق الإبن.

والجواب عن الأول : أنّ الإحتجاج به موقوف على علم رسول الله ﷺ بهم فيُقِرُّهم[5] عليه ، وهو معارض بالنصوص المانعة من بيع أمهات الأولاد .

وعن الثاني : الفرق أنّ معتق جنينِ أمتِه لم يتصل نسبه بالولد حتى يؤثر في أمه حُرية ، بخلاف الحمل .

وعن الثالث : أنه أعلا رتبةً من الولد السابق بإجماع بعض[6] تَخْليقه مع ملك أبيه لأمه[7] ، فلو ألغي لَتَساوَى موطن الإلغاء حيث أجمعنا على الإلغاء ، فيتعين إضافة[8] الحرية في الأم للقدر المشترك بين الحمل والولد

---

(1) رواه احمد والشافعي والنسائي وابن ماجه والبيهقي من حديث أبي الزبير أنه سمع جابراً يقول : كنا نبيع سرارينا امهات الأولاد والنبي ﷺ حي لا نرى بذلك بأساً . ورواه أبو داود وابن حبان والحاكم من حديث جابر أيضاً ، وهو صحيح .

(2) في ي : جمعنا .

(3) في ي : ولاية .

(4) عليه سقطت من د .

(5) قال البيهقي : ليس في شيء من الطرق انه اطلع على ذلك وأقرهم عليه ﷺ . قال الحافظ ابن حجر : قلت : نعم قد روى ابن ابي شيبة في **المصنف** من طريق أبي سلمة ما يدل على ذلك ، انظر : (تلخيص الحبير 218/4) .

(6) كذا في النسختين .

(7) في ي : أبيه مع أمه .

(8) في ي : اصابة .

اللاحق ، وهو اجتماع التّخليق مع ملك الأم ، لأنه معنى مناسب فيصير في جميع موارده .

وعن الرابع : أنّ ملك الجَد أضعف ، لأنه لا تجب له النفقة ، ولا يحجب الإخوة ويحجبه الأب ، فدل على أنّ الأب أقوى منه ، فلا يلحق به الجَد .

تفريع

في **الكتاب** : إنْ ابتعتَها حاملاً من ابنِك[1] لم تكن أم ولد ، وعتق الحمل على جده ، بخلاف أمة الأجنبي ، لأن الأب لو أراد بيع أمته امتنع ، لأنه عُتق عليه حملها بخلاف الأجنبي ، وقال غيرُه : يمتنع شراؤها من والده حاملاً لحرمة الحمل على الجد ، وإستثناؤه غَرَر لم[2] يقابِلْه من الثمن ، ولا يتيقن وجوده ، قال ابن القاسم : إنْ ابتاع زوجة والده حاملاً انفسخ نكاحُ الأب لتعذر نكاح أمةِ ولده ، ولا تكون أم ولد الأب ، وتبقى رقيقاً للإبن ، ويعتق عليه حملها ، ولا يبعها[3] حتى تضع ، إلاّ أنْ يرهقه دَيْن[4] فتباع حاملاً ، وقال غيره : لا تباع في الدين حتى تضع ، لأنه عتق بالسنة[5] لا بالإفتراق ؛ قال ابن القاسم : وإنْ كان حملها من أخيك بنكاح فابتعتَها فهي والولد رقيق لك ، والنكاح ثابت . في **النكت** : قول غيره : لا يجوز للإبن شراء زوجته الحامل من أبيه[6] ليس بخلاف لقول ابن القاسم ، وإنما تكلم ابن القاسم إذا فعل ذلك وفات ، أما الجواز ابتداءً فلا ، ويلزم الولدَ[7] قيمتَها يومَ قبضها بالشراء على أن حملها حر ، لأنه كبيع فاسد فات بالولادة ، وقول غيره : لا يُرق جنينُها ولا يلحقه دين ليس بخلاف لابن القاسم . وليست

---

(1) في ي : ابيك .

(2) في ي : عرزا لما يقابله .

(3) في ي : ولا يتبعها .

(4) (ديَن) سقطت من د .

(5) (بالسنة) مكانها بياض في د .

(6) في ي : ابنه .

(7) (الولد) سقطت من د .

كمسألة من ابتاع امرأة والده حاملاً ، والفرق : أنّ الولد خلق حراً في المسألة الأولى ، وفي عتق شراء الولد ، فأشبه العتق المبتدأ عند ابن القاسم ، فباعها في الديْن وسواءُ الغير[1] لأنه كله[2] عتق سنة ، قال ابن يونس : إنْ تزوج أمَةَ والده فمات الأب فورثها وهي حامل فوضعت لأقلَّ من ستة أشهر ، لم تكن أم ولد به[3] لعتقه على جده في بطنها قبل الإرث ، ولا تكون أم ولد حتى تملك رقبتها[4] بما في بطنها ، حتى يعتق الجنينُ عليه لا على غيره ، فإن وضعته لِستة أشهر فأكثر فهي به أم ولد ، إلاّ أنْ يقول : لم[5] أطأها بعد موت أبي ، ويُصَدق بغير يمين . قال محمد : وإنْ اشتَرَى امرأته بعد أنْ اعتق السيد ما في بطنها جاز الشراء ، وتكون به أم ولد ، لأن عتق السيد لا يتم إلاّ بالوضع ، ولأنها تباع في فَلسه ، ويتبعها ورثته قبل الوضع إنْ لم يكن عليه ديْن ، والثلث يحملها ، وفي الجناية عليه ما في جنين الأَمة ، ولو كان ذلك بعد أنْ اسْتبرأها لكان فيه ما في جنين الحرة ، وولاؤه إنْ استهلَّ لأبيه ، ولا ينظر إلى عتق السيد ، إلاّ أنْ يشتريَها اجنبي بعد عتق جنينها قبل أنْ يُرهقه دَيْن ويُرد إنْ فعل ، وشراؤه زوجةَ والده حاملاً بخلاف شرائه لزوجته الحامل ، وهي أمةُ أبيه[6] عند ابن القاسم ، مالك : لا يرق جنينها ولا يلحقه ديْن ، والفرق : أنّ الجنين في الأولى لم يمسه رق ، وفي الثاني مسَّه الرق في بطنها ، وإنما عتق بالشراء ، فأشبه العتق المبتدأ ، وغيرُه[7] لم يفرق ، لأنه كله عتق سنة . وفي **المقدمات**[8] : إذا اشترى امرأته حاملاً

---

(1) (الغير) سقطت من د .

(2) (كله) سقطت من د .

(3) (به) سقطت من ي .

(4) (رقبتها) سقطت من د .

(5) (لم) سقطت من ي .

(6) (أبيه) سقطت من ي .

(7) في ي : ومال غيره .

(8) (202/3) طبع دار الغرب بتحقيق الدكتور محمد حجي ، والنقل منها بتصرف كعادة المؤلف في نَقْلِه .

من أبيه أو من[1] يعتق عليه الجنين ، فلا تكون أم ولد اتفاقاً ، لعتقه على من اشتراه منه ، وإنما الخلاف اذا عتق عليه .

الثاني في الكتاب : إذا اشترى المأذون أَمَة بإذن سيده أم لا فعتق لا تكون أم ولد له بما ولدت قبل عتقه ، ولا تحمل جنين العتق ، لأنه رقيق لسيده ، إلاّ أنْ يملك المأذون حملها قبل الوضع ، وإنْ أعتقها بعد عتقه لَم يتعجل لها ذلك ، وحدودها[2] حدود الأمة حتى تضع ، فيرَق الولَد للسيد الأَعْلاَ ، وتعتق هي بالعتق الأول ، وما وُلد للمكاتَب أو المدبَّر من أمته مما حملت به بعد التدبير أو الكتابة بمنزلته ، يعتق مع عتقه . وتكونُ أم ولد بذلك لهما ، كان الولد الأول حياً أم لا ، وعن مالك : لا تكون بذلك أم ولَد ، وقاله أكثر الرواة في المدبَّر خاصة ، لأن للسيد انتزاعَها ، وليس للمدبَّر بيع أم ولده في حياة سيده إلاّ بإذنه ، وإنْ مات عن ولد حَدَث في تدبيره من أمَته ، ثم مات السيد ، فَهِي أمٌّ ولَد ، وما ترك من مال السيد لأنه رقيق ، ويعتق ولده في ثلث سيده بعد موته . في **التنبيهات** : تأول أبو محمد وغيره أنّ المدبَّر ملك الحمل بهبة أو ميراث لا بشراء لتعذر الشراء للغَرَر إلاّ أنْ يفوت بالوضع ، فتكون به أم ولد ، فقيل ينقصُ قبل الولادة ، وقيل بتمام الشراء تَمَّت حريته ففات النقص ، وقيل : يجوز الشراء ها هنا للضرورة ورفع التحجير ، وروى أشهب : لا تكون به أمَّ ولد مطلقاً . في **النُكت** : إنَّما لَم يُمض عتق الماذون الذي اعتقه السيد في أمته الحامل ويعتق جنينها ، بخلاف من أعتق أمة قد وهب جنينها لِرجُلٍ ، لأنَ السيد ملك الجنين[3] ملكاً اصليًا ، فلم يبطل ملكه بعتق الماذون الأَمةَ ، وواهب الجنين ليس له ملك أصلي ، قال التونسي : إنْ وَهَب جنين أَمَة لرجل ورقبتَها للآخر فأعتق الموهوبُ له الأمة : قيل : عتقُه ثابت ولا شيء لصاحب الجنين ، كما لو وهب جنينها لرجل ، ثم أعتقها ، أو أعتقها ورثتهُ

---

(1) في ي : وممن .

(2) في ي : وحدود الأمة حتى .

(3) في د : الجنين ليس له ملك اصلي .

بعد موته ، وقيل : عليه قيمةُ الجَنين يوم تضعه ، ويجوز عتقه فيه ، وقيل : عتقه الأمة موقوف حتى تضع ، قال ابن يونس : اذا اشترى المأذون زوجته حاملاً منه ، ثم أعتقه السيد ، تبعه الولد وأمه ، لأنه كماله هاهنا ، ويعتق عليه ، وتكون له بذلك أمَّ ولَد ، بخلاف الذي يُوَلد[1] أمةَ نفسه ، لأن هذا الولد كأمه ، لأنه من نكاح ، وأمه صارت بالشراء أمةً للعبد[2] ، فكذلك ولدها ، ألا ترى أنهما يباعان عليه في الديْن ، وولَدُ أمته كنفسه عند السيد ، قال أشهب : لا تكون أم ولد بما حملت بعد التدبير والكتابة وعتق الأجل ، وإنْ ولدته بعد تمام الحرية في الأب ، إلاّ أنّ للولد حكم الأب ، وإنْ شك في الحمل ، فإن ولدته لأقل من ستة أشهر من تمام عتق الأب لم تكن له أم ولد ، لأن ما في بطنها لم يملكه الأب وجَرَى لغيره فيه حرية ، وإنْ مات السيد عتق المدبر مع ولده وما في بطن أم ولده بالحصص ، فإن خرجوا بقيت[3] أمة المدبر أم ولده على الخلاف ، وإنْ عتق بعضهم بقيت له رقيقاً ، وإنْ أولدها بعد ذلك لم تكن أم ولد ، لأن نصفه رقيق ، وإنْ أعتق باقيه وهي حامل منه لَمْ تكن له[4] أم ولد بخلاف المعتق إلى أجَل يعتق وأمتُه حامل منه ، تكون له أم ولد ، لأنه كتمام الأجل فيه ، وإنْ مات قبل الأجَلِ رُقت ، وكان ولدها معتَقاً إلى أجَل ، فالأجَلُ فيه كموت السيد في المدبَّر ، وموته قبل الأَجَل كموت المدبر قبل سيده .

قال صاحب **المقدمات**[5] في المدبر والمكاتب والمعتَق إلى أجل تلدُ إماؤُهم : هل يكن أمهات أولاد إذا أفضَوا إلى الحرية ؟ ثلاثة أقوال ، ثالثها : الفرق بينهما وبين المعتق ، وهو مبني على أنّ إماءَهُم هل لهن حُرمَة بالإيلاد منهم أو لا ، قولان ، وإذا قلنا : لهن حُرْمَة فإنهن يكن أمهات أولاد بما حملن به بعد هذه العقود إذا أفْضوا

(1) **في ي** : تولد .

(2) **في ي** : بالعبد .

(3) **في ي** : بقية اذا المدبر .

(4) **في ي** : به .

(5) (204/3) .

الي الحرية ، وإنْ وضعن قبل الإفضاء إتفاقاً ، ومن حملن به قبل ذلك ووضعنه بعده بأن يطأ[1] زوجة فتحمل قبل الكتابة أو التدبير أو العتق إلى أجَل ، فيشتريها حاملاً بعد العقد ، فلا تكون أم ولد ، إلاَّ على قول مَن يرى أنّ الحر إذا اشترى امرأته حاملاً تكون به أم ولد ، وفيه قولان ، وإنْ قلنا : لا حُرمة لهن ، فهن كأمة العبد تلد من سيدها إلاّ أنْ تنقضي هذه العقود ويخرجون للحرية ، وإماؤهم حوامل فيملكون[2] ذلك الحمل عند ابن القاسم خلافاً لأشهب ، وفي **المنتقى** : إذا قلنا بحرمة استيلاد المدبر ، لم ينتزعها السيد كانت حاملاً أو لا ، وإنْ قلنا بعدم الحرمة[3] انتزعها غيرَ حامل ، ولا ينتزعها حاملاً اتفاقاً ، لدخول الولد في التدبير ، وهذا الخلاف يجري في أم الولَد للمعتَق إلى أجَل .

النظر الثالث ، في الإستلحاق ، وأصلُه : قوله تعالى : ﴿**ادْعُوهُم لآبَائِهِمْ هُوَ أَقْسَطُ عِندَ اللهِ**﴾[4] وفيه فروع .

فرع

في **الكتاب** : إذا باعه ، ثم استلحقه بعد طول الزمان لحق ورد الثمن ، وُلد عنده أولاً ، إلاّ أنْ يتبين كذبه ، قال التونسي : وكذلك كل من ادَّعى أنه ولده ، ولا يُنسب له ، ولا هو عبْد غيره ، ولا هو مجلوب[5] ، ويعلم عدم دخوله تلك البلاد ، قاله ابن القاسم ، وقال اشهب : يصدق في عبد الغَير إذا لَم يبن[6] كذبُه ، ويكون ابناً لَه وعبداً للآخر ، فإذا أعتقه سيده فمات ورث بالبُنوة قبل الوَلاء ، قال سحنون : إذا ادَّعى من لأَيلحق به لا يعتق عليه إذا اشتراه ، لأنه تبين كذبُه ، وقال

---

(1) في ي : تكون .
(2) (حوامل فيملكون) سقطت من د .
(3) (الحرمة) سقطت من ي .
(4) (الأحزاب : 33) .
(5) في ي : محلوف .
(6) في ي : يتبين .

ابن القاسم : يعتق مؤاخذةً له بإقراره ، قال ابن يونس : الأحوالُ ثلاث : حال يولَد عنده أو بعد بيعها لمثل ما يلحق فيه النسب ولم يطأها المبتاع ولا زوج ، ولا تبين كذبه ، فهذا مُتفق عليه ، وحال لم يولد عنده ولا علم ملكه لأمة ولا زواجه لها ، ولا تبين[1] كذبه فيلحق عند ابن القاسم دون سحنون ، وحال يستلحق في ملكه غيره أو بعد عتق غيره ، فلا يلحق عند ابن القاسم إنْ أكذبه الحائز لرقه[2] أو لوَلائِه ، ويلحق عند أشهب به ، ويكون ولداً له ومولى للذي اعتقه ، عبداً لمن ملكه ، فإن اعتقه ورث أباه وورثه ، قال سحنون : وما عَلمتُ خلافاً بين الناس أنّ الإقرار[3] بولد الولد ، أو الجد ، أو الأخ ، أو غيرهم من القرابات[4] لا يثبت مع وارث معروف أو معَ غير وارث ، وإنما يثبت الإقرَار بولد الصلب خاصة ، ولا يثبت وإنْ ورثهُ ، إذا لم يكن له وارث معروف فيرث من غير ثبوت نسب ، وعنه : لا يرث وإنْ لم يكن له وارث معْروف ، لأن المسلمين يرثونه ، قال اصبغ : وإنْ أقر أن هذا وارثُه وله وارث معروف ، فلم يمت المقر حتى مات الوارث ، ورثه المقَرُّ لَه ، وكأنهُ اقر ولا وارث له ، واختلف إذا أقر بعد بيعه هل يرجع المشتري بنفقة الولد ؟ قاله أبو بكر بن عبد الرحمن ، كمَن طرحَ ولده فأنفق عليه رجل ، وقيل : لا يرجع كالعبد يستحق بالحرية فلا يغرم أجرَ خدمته ، وخدمته بنفقته ، فإن كان صغيراً لا خدمة له فلا نفقة ، لأنه ممن تكون له الخدمة في المستقبل ، وقيل : إنْ كان فيه خدمة وأقر المبتاع أنه خدمة فلا نفقة ، وإنْ كان صغيراً فَلَه النفقة لِعدم المقابل ، قال : وهو أعدل الأقوال ، وروي عن سحنون .

فرع

في **الكتاب** : إنْ استَلحَق مَن لا يعرف له نسب لَحقه إنْ لم يعلم أنه مِلك امَة

---

(1) في ي .
(2) في ي : لزمه .
(3) في د : إلاّ أنّ الإقرار .
(4) في د : القرديات .

بشراء أو نكاح ، وكذلك إنْ استلحق عبده أو أَمتَه إلاّ أنْ يتبين كذبُه ، أو يكون له أب معروف ، أو هو محمول من بلد يعلم أنه لم يدخلْها ، أو تَشهَد بينة بأن أمه لم تزلْ زوجةً لغير المقِر حتى ماتت ، فإن قالوا : لم تَزل أَمةً ، فلا أدري ما هذا ، فلعله تزوجها ، أو تلد بعد شرائه بأيام فلا يلحق به ، ولا يحَد ، لأنه لم يعترف بالزِّنَا[1] ، بل كَذَب في النسب ، وإنْ كانت له زوجة ، ثم ابتاعها حاملاً فتصح دعواه ، وإنْ قصُرت هذه المُدة : مدة الشراء ، في **التنبيهات** : اختلفت الرواية في المحمول من بلاد فروايَة علم عدم الدخول ، ورواية لم يعلم أنه دخلها ، فعَلَى هذه لا يصدق منع الشك كالعالم ، وقيل في الأمة والزوجة لم تزل للغير ولا فرق ، إذا لم يكن نسب معروف ، قال بعض الشيوخ : يؤخذ من مسألة المحمول : أن المحمولين يصح لهم الإستلحاق ، ويصّدقون ويكلفون البينة إذا ادَّعوا غيرَ ذلك من القرابة ، ومنع القاضي عبد الوهاب ، وابنُ القصار : قبولَ قول الحُملاء في الولد وغيره ، قال : وهو ظاهر **المدونة** ، وإذا عتقوا وادَّعى بعضهم قرابة بعض : فقيل : لا يصدقون في غير الولد ، وقيل بعدم الفرق ، وافتى القاضي ابنُ سهل بإلزام النفقة للأب أو الإبن وإنْ لم يتوارثا مؤاخذة بالإقرار ، وترد شهادة بعضهم لبعض وفي **الواضحة**[2] : إنْ اشترى[3] أباه وهو مولود في الشرك لم يعتق عليه وإنْ استحب ، وهو يعارض ما تقدم ، قال التونسي : لم يعمل ابن القاسم قول مدعي اللقيط[4] إلاّ أنْ يكون لدعواه وجه ، كمن لا يعيش له ولد فسَمِع قولَ الناس : إذا طُرح عاش ، ونحوه ، ويلزمه أنْ يقبل قوله ، لأنه ليس له نسب معروف ، ولم يتبين كذبه ، وإذا ادَّعى النصراني اللقيط في بلَد الإسلام صُدق إذا كان له وجه كما تقدم ، ويكون على دينه . قال اللخمي : إذا قال : ملكتُ أمه قبل هذا الملك وشهد شاهدان أنها حينئذ كانت ملك غيره ، لم يصَدق ولا يعتق عليه ، قاله

---

(1) في ي : في الربا .

(2) في د : وفي الوا .

(3) في ي : ان اشتراه أباه .

(4) في ي : اللفظ .

سحنون قال : وأرى أن يعتق ، وتكون أم ولد ، لأن الشهادة لا يُقطع بصدقها ، وهو مكذِّب لبينته[1] ولم يعلم هل ملكها أم لا صُدق عند ابن القاسم ، ولم يُصَدق على قول سحنون ، لأنها لم تثبت أنها فراشهُ ، وإنْ كذّبه سيدُها لم يصَدق ، وأصل مالك : تصديقه في كل موطن يشكل أمره ، والحرة والأَمة في ذلك سواء إذا لم يكن له نسب معروف .

فرع

في **الكتاب** : إذا ولد عبْدك[2] فأَعتقته فاستلحقته بعد طول الزمان لحقك وإنْ أكذبك ، وإنْ استلحقتَ صبياً في ملك غيرك أو بعد أنْ اعتقَه غيرُك فأكْذَبك الحائز لرقه أو لوَلائِه ، لم تصدق الاّ ببينة لقوة خصمك بالحوز ، وكذلك ابن أمَة لرجل أدعيتَ[3] نكاحَها وأكذبك السيد ، إلاّ أنْ تشتريه فيلحق بك ، كمن رددت[4] شهادته بعتق ، ثم ابتاعه ، وإنْ اشتريتَ الأم لم تكن به أم ولد ، لأنك أولدتّها في ملك غيرك ، وإنْ اعتق السيد الولد قبل أنْ يبتاعه مستلحقُه لم يثبت نسبُه ولا موارثته الاّ ببينة ، لثبوت الولَد للسيد ، فإن باع أمة فعتقت لم يُصدق البائع أنه أولدَها الاّ ببينة ، قال في **النُكت** : قال بعض القرويين : إذا لم يقبل قوله في ولد الأمة المبيعة حاملاً ولم يرد ، رد الولَد بما ينوبه بأن يقوَّم العَبْد[5] على هيئته الآن ، ثم تقوّم الأم بِلا ولد ، فيرد من الثمن حصة الولد ، قال ابن يونس : قال أشهب : إذا أعتقه السيد قبل الإستلحاق لحق بالمستلحِق ، وولده للسيد ، ومتى عتق ورث اباه ، وورثه ابوه ، وإذا لم يقبل قوله في المبيعة بعد عتقها قُبل في الولد ، ويلحق به الولد ، ويرد الثمن لإقراره أنه ثمن أمٍّ ولد ، ولو أعتق الولد خاصة لثبت الوَلاء لمعتِقه ، ولحق الولد بمستلحِقه ، وورثه وأخذ الأم

(1) في ي : لنفسه ..
(2) في د : عندك .
(3) في ي : أو عهدت .
(4) في د : ردت .
(5) في د : العقد على هبته .

إنْ لم يتهم فيها بزناه بها ، ورد الثمن ، وإنْ اتهنم لم تُردَّ له ، وقال أبو محمد وغيرُه : لا يرد الثمن إذا اتُّهم ، هذا إذا كان الولَد يومَ البيع حملاً لازماً[1] ، لأن البائع لم يأخذ له حصة فيردها ، والمشتري قد أعتقه فلا حجة له ، ولو لم يعتقه لكان له حجة ، ولو كان مولوداً بِيع معها لرد حصته من الثمن ، ولا حجة على المبتاع في عتق الولد ، كعتق الأم ، ويرد البائعُ الثمن ، لأنها أم ولد ، وإنْ ادعاه بعد عتق المبتاع الأمَّ مَضَى العتق ولَحق به الولد ، وبقي الوَلاَء للمعتِق ، ويرد الثمن لمن استلحقه بعد موتهما ، وعن ابن القاسم : إنْ باع من ولد عبده فأعتقه المبتاع ، ثم استلحقه البائع ، صُدق إنْ لم يتبين[2] ، قال سحنون : وهذه المسألة أعدل في هذا الأصل ، وعن أشهب : إنْ باعها وولدها وقد ولدت عنده أو عند المبتاع لِما تَلِدُ له النساء ، ولم يطأها المبتاع ولا زوج ، أو باع الولَد دونها فاستلحق الولد وهو وأمه عند المبتاع أو أحدهما وقد أحدث[3] في أحدهما عتقاً أو كتابة أو تدبيراً ، أو لم يُحدث ، انتقض[4] ذلك ورُدا أو أحدهما للبائع ، ويرد الثمن ، فإن كان عديماً فقيل : يتبع بالولد ديْناً ، وقال مالك : يرد إليه الولَد خاصة بحصته من الثمن لثبوت نسبه ، ولا ترد الأم لتهمته في ردها للمتعة بغير ثمن ، وقال سحنون : إنْ استلحقه بعد أنْ مات ، وصدقه المشتري وقد أعتق الأم[5] ، أو دبَّر أو كَاتَب أو أولَد ، فلا ترد إليه ، وإنْ لم يُحدث ذلك ردها وأخذ الثمن ، وإن كذبه لم يرجع بشيء ، واستحسن إنْ صدقه وقد أعتقها الرجوعُ بالثمن ، وتبقى[6] على حالها ، وفي الكتابة تُسألُ هي ، فإن أقرت به انتقضت الكتابة وعادت أمَّ ولد ورد الثمن ، وإلاّ أدت الكتابة وعتقت ، لأن الحق لها في الكتابة ، ويرجع المبتاع بالثمن وما أدت من الكتابة ، وإنْ استَلحق ولد أمةِ عبده لحقه إنْ ولدتْه في ملك عبده ، لم

---

(1) (لازما) سقطت من ي .
(2) في ي : يبين .
(3) في ي : حدث .
(4) في ي : ان تقضي .
(5) في د : أم لا .
(6) في ي : وتقر .

ينسبه[1] العبدُ لنفسه ، وتكون أم ولد له ، وإنْ ولدته في ملك غير العبد لَحقه أيضًا ، والأَمة مِلك للعبد إنْ تَركَها له السيد ، وكذلك أمَة مدبَّرِه ، ومعنى : وَلَدَتْه في غير ملك[2] العبد : أنّ العبد اشتراها وولَدَها فادَّعى السيد انه كان تزوجها عند البائع من العبد ، وأما أَمَة مكاتبه : فإن لم يدَّعِه لحق بالسيد ، وادَّى قيمةَ أمه للمكاتب ، وكانت به أم ولد ، وإنْ ولدته في غير ملك المكاتب : انتظرالمكاتب ، إنْ عجز لحق الولد بالسيد ولا تكون أم ولد ، وإنْ أعتق المكاتب صُدق سيده ولحق عند ابن القاسم ، وإنْ اسْتلحق ولدَ[3] أمةِ ولَدِهِ لحقه إنْ لم يدَّعِه الولد ، ويغرمُ قيمة الأم في ملائه وعُدمه ، وهي له أم ولد ، وإنْ ولدته في غير ملك الولَد ، فأمُّه أمَة الولَد ، وعتق الولد على أخيه ، وأما أمة والده فهي كأمة الأجنبي ، وإنْ استلحقه بمَا يجوز ، وصدَّقه الأب على عتق ألحق[4] ، ولا تكون له أم ولد ، وإنْ لم تُصَدقه لم يلحق به إلاّ أنْ يملكه يوماً[5] مًّا ، وإنْ استلحقه بما لا يجوز به الإستلحَاق لم يلحق ، وحُدَّ إنْ ثَبت على قوله ، فإن استلحق الجَد[6] ولَد أمة ابنِه : فقيل : كالأب في الحرمة ودَرْء الحَد ، وقيل ذلك في الأب وحده ، وإنْ بيعت أَمَة فشهدت بينة أن البائعَ كان أقرَّ قبل البيع بإيلادِها ، رُدت إليه مع قيمة ولد إنْ حدث عند المبتاع ، فإن ماتت رجع بالثمن على البائع ، وأدى إليه قيمةَ الولد ، ويتقَاصَّان ، فإن مات البائع قبل موتها عتقت من يوم موته ، فإن أصابها المبتاعُ بعد ذلك لزمه صداقُ المثل عند المغيرة دون ابن القاسم ، ويرجع بالثمن في مال الميت ؛ وإنْ كان المشتري عبداً مأذوناً رُدَّت أم ولد ، ورُد مَعَها[7]

---

(1) في ي : ولم ينسبها لعبد نفسه .

(2) (ملك) سقطت من ي .

(3) (ولد) سقطت من ي .

(4) في ي : الحر .

(5) في ي : يوما ، وان .

(6) في ي : السيد .

(7) في ي :بيعها .

ولـد العبـد فيكون بمَنزلتها ، ولا يوطأ شيء من بناتها بملك اليمين ، لأنهن معتقات الى أجَـل ، قاله سحنون ، قال : انظر قوله : لا يوطأن بملك اليمين لأنهن يملكهن[1] غير سيد أمهن ، وليس كذلك ، وهو لا يطؤهن لأنهن كالربائب المدخول بأمهاتهن .

فرع

قال سحنون : إنْ قال في ثلاثة من أمته : أحدُهم وَلَدي ومَاتَ[2] : عتق الصغيرُ جَزماً ، لأن المستلحَق إنْ كان الكبيرَ عتق الأوسط والصغير ، أو الأوسط[3] فالصغير حر ، أو الصغير ، فالكبير والأوسط عَبدانِ ، وعن المغيرَة : يَعْتِقُ الصغير وثلثا الأوسط وثلث الأكبر ، لأنه إنْ كان الأكبر فالجميع أحرار ، أو الأوسط فهو والصغير[4] حُرَّان ، أو الصغير[5] عتق وحده ، فيَعتِق الأوسط في حالين ، والأكبر في حالة . وقال ابن عبد الحكَم : يَعْتِقون كلهم بالشك ، وإنْ اقر بإحَدى[6] بناتها عند الموت ونَسيت البينةُ والورثة اسمَها : قال سحنون : إنْ أقر الورثة بذلك عَتَقْنَ وأخذن ميراث واحدة يقسم بينهن ، ولا يلحقه نسب واحدة منهن .

فرع

في **الكتاب** : إذا بيعت مع وَلدها أو وَحْدَها فولدت عنده لما[7] يلحق فيه النسب ، ولم يدَّعِه وادَّعاه البائع ، لحقَـهُ ورَدَّ الثمن إنْ لم يُتَّهَم ، قال ابن يونس : قال محمد : لا تهمة في هذا إنْ كان ملياً والولد معها ، قال ابن القاسم : قد يتهم

---

(1) في ي : يملكهم .

(2) (ومات) سقطت من د .

(3) أقحمت في ي هنا : «والصغير أو الأوسط» . ولا معنى لها .

(4) في ي : والأوسط .

(5) في ي : أو الأصغر .

(6) في ي : بأحد بنيها .

(7) في ي : لا .

بمَحبَّتها فيرد الولَد وحده بحصته ، وترَدُّ هي بشرط سلامته من العُدم والمحبة فيها ، وعن مالك : يُصَدق فيها وإنْ أعدم ، لأنه لا تهمة في الإقرار بالنسَب ، وهذا لم يُعرف مسيسُه إياها إلاّ بقوله اليومَ ، امَّا إنْ اقر به قبل البيع فيصدق في عُدمه .

فرع

في **الكتاب** : إنْ ادّعى الملتقِط اللقيطَ لم يُصدق إلاّ أنْ يكون لدعواه وجه بأن يُعرف بأن لا يعيش له ولد ، وزَعَم أنه رماه لقول الناس : إنْ طُرِح عاش . وقال غيره : لا تصدق فيه دعوى أحد إلاّ ببينة لتعلق حق المسلمين بميراثه ، فإن صدقه اللقيط : قال ابن القاسم : أُراه شاهداً ، ولا يجوز مع اليمين في النسب ، قال ابن القاسم : ولا يقبل فيه غير الملتقط إلاّ كما تقدم ، وقال أشهب : تقبل دعواه كان الملتقطَ أو غيرَه ، إلاّ أنْ يتبين كذبُه كغير اللقيط ، قال ابن يونس : خالف ابن القاسم وأشهب أصلَيْهما في الإستلحاق لقول ابن القاسم : إنْ استلحق مَن لم يولد عنده ، ولا علم ملكه لأمه ، ولا زواجُه لها ، ولا تبين كذبه ، لحق به ، فيلزمه تصديق الملتقط ، ولقول أشهب : لا يلحقه حتى يكون أصلُ الحمل عنده ، أو بعد خروج أمة[1] من عنده ، لمثل ما يلحق به النسب ، ويحتمل أن يكون هذا من ابن القاسم على قوله الذي يوافق فيه أشهب في الإستلحاق ، أو الفرق[2] بأن وَلاءَ اللقيط للمسلمين ، فهو كالنسب المجوز ، وأما اشهب : فيحتمل أنْ يكون هذا منه على قوله : إنْ استلحَق[3] من أعتقه غيره ، أو هو في ملكه لحقه ، إلاّ أَنّ وَلاَءَ المعتَق[4] لسيده ، ومتى عتق ورث أباه ، قال ابن القاسم : لا تصدق (المرأة في اللقيط وإنْ جاءت بما يشبه من العذر ، لأنها تلحق بالغير ، وقال أشهب)[5] : تُصَدق وإنْ قالت من زنا حتى يعلم كذبُها كالرجل ، قال محمد : إنْ ادَّعته من زنا

---

(1) في د : أمه .

(2) في ي : او يفرق .

(3) في ي : ان مستلحق .

(4) في ي : العتيق .

(5) ما بين القوسين سقط م ي .

صُدقت وحُدّتْ[1] أو من زوج فلا ، إلاّ أنْ يُقرِّبه الزوج فيلحق به ، قال محمد : وأحسن ما بلغني : إنْ كان لها زوج حاضر لحق به إلاّ أنْ ينفيه بلِعان ، وإنْ قَدِما من بلد لم يقبل قولُها إلاّ أنْ يُقرَّ به الزوج فيلحق به .

فرع

في **الكتاب** : إنْ التقطه مسلم وادَّعاه نصراني وشهد له مسلمون صُدق ، وهو على دينه ، إلاّ أنْ يُسلم قبل ذلك ويعقِلَ الإسلام ، قال ابن يونس : قال محمد : إنْ التقَطه عبد ونصراني وعليه زِي النصارَى فهو حرٌّ مسلم تغليباً لشَرف الإسلام ، إلاّ أنْ يلتقطه في قُرَى الشرك فهو مشرِك تغليباً للدار ، وفي كتاب **تضمين الصناع** : إنْ التقَطه النصراني في قُرى الإسلام فهو مسلم ، أو في قُرى الشرك فهو مشرك ، أو في قرية ليس فيها الاّ ثلاثة أو إثنان مسلمون ، والملتقط نصراني ، فهو نصراني ، أو مسلم ، فهو مسلم ، وقال أشهب : بل هو مسلم مطلقاً ، وإنْ[2] التَقطه مسلم في قُرى الشرك فكذلك .

فرع

في **الكتاب** : إنْ كانت أمة[3] بين حُرَّين أو عبدَيْن أو أحدهما ، أو ذمي ومسلم وَطِآها في طُهر وأتت بولَد : قال ابن يونس : يُرِيد[4] : لستة أشهر من يوم وطْء الثاني ، وادَّعياه : دُعي له القافةُ : فمَن ألحقوه به لحقه ، فإن أشركوهما فيه وَالَى إذا[5] كبرأَيَّهما شَاء ، قاله[6] عمر رضي الله عنه ، فإن وَالَى الذمي لحق به ، والولد مسلم لإشتراكهما فيه ، وعن ابن القاسم : لا يُوالي أَيهما شاء ويبقى ابناً لهما ،

---

(1) في ي : واحدة .
(2) في د : إنّ التقطه .
(3) (أمة) سقطت من د .
(4) في د : يولد .
(5) في ي : ادى .
(6) رواه مالك في (الموطأ) كتاب الأقضية . باب القضاء بإلحاق الولد بأبيه . بسند صحيح .

ولا يزول النسبُ لشهوة[1] الولَد ، ويرث من كل واحد نصف الميراث ، وقال مطرف :[2] تُلحقه القافة بأولاَهُما شَبهاً ، ولا يخبر في المُوَالاة ، قال مالك : والقائف الواحد العدل يجزيء ، وأجازه عُمَر رضي الله عنه ، وعن مالك : لا بد من اثنين كالشهادة ، فإن تعذرت القافة بعد الإجتهاد : وَالَى بعد بلوغه أيَّهما شاء ، وهو أولى من قول مَن قال : يوقف حتى توجد القافة ، قال مالك : وإنما القافة في وطْء[3] المِلك ، أما في الزواج فهو للأول ، إلاّ أنْ ينكح بعد حيضة فللآخَر إنْ وضعتْه لستة أشهر فأكثر ، وَالفرق : أنها إنما يُحكم بها عند تساوي الفِراشيْن[4] ، وهو في الإماء لتساوي المِلك ، وكذلك حَكَم به عُمر[5] رضي الله عنه في الجاهلية لتساويها : وكذلك إذا وطئها البائع والمبتاع في طُهر ، والحرة لا تكون امرأةً لاثنين في حالة واحدة ، ولأن ولد الحرة ينتفي باللّعان ، وولد الأمة ينتفي بغير لعان ، والقيافة اجتهاد ، فقام مقام النفي بمجرد القول ، وعن مالك : إلحاق الحرائر بالإماء ، لأن القيافةَ عِلم فلا يختلف ، وهو أقيس ، والأول أحوط ، قال سحنون : فإن قالت : ليس لواحد منهما ، طُلب له الأخرون ، ثم آخرون أبداً ، لأنها دعيت[6] له آخرون لتُلحق لا لِتنفي، قال ابن القاسم : وإنْ قالت القافةُ : اشتركا فيه ، عتقت عليهما الأمة مكانَها ، ويُوالي الصبي إذا بلغ مَن شاء ، وإنْ مات الولد – حيث قلنا بالموالاة – عن مال وُهب له ، أو ورثه ، فهو بينهما نصفين[7] ، كانا حريْن أو عبديْن ، أو أحدهما ، أو ذميا ومسلماً ، فإن مات الأبوان قبل بلوغه وُقف قدر ميراثه منهما حتى يبلُغ فيوالي مَن شاء ، ويرثه ويردُّ مَا وُقف

---

(1) في ي : بشهره .

(2) في ي : محمد .

(3) في ي : وأنما القافة في الملك .

(4) في ي : الفراستين .

(5) في الأثر الذي رواه مالك في الموطأ المخرج آنفاً .

(6) في ي : لأنها دعية لتلحق لا لتنفي . وفي د : لأنهما دعيت . . . لا تنفي .

(7) في ي : نصفان .

للآخر ، قال عبد الملك : يَبقى[1] لا اب له ، وتعتق الأَمة عليهما ، وإنمَا ورثهما منه ، ولم يورثه منهما لأنهما تداعيا ميراثَه ، والتداعي لا بد فيه من القضاء بخلافه ، قال أصبغ : يرث من كل واحد نصفَ ميراث ولَد ، وهو توريث بالشك ، فإن مات أحدهما وقف مراثُه للصبي ، فإن مات الصبي بعد موت احدهما ، وميراثُه منه موقوف ، فميراث الصبي للأب الباقي ، ويرد ما وقف من الأول لورثتِه ، قال ابن القاسم : ولو دخل الباقي فيما يورث عن الأب لَدَخَل ورثته (فيما يورث الصبي عن الأب لدخل ورثته في ميراث الصبي ، وقال سحنون[2]) : في مال الصبي ، يرث الباقي ما ترك الصبي[3] ونصف مَا ورث الصبي من الأول ، ويصبح للصبي مِن الأول نصفُ ما وقف له[4] ، وإنْ كان للوصي[5] الأول عصبة ورثت مع الباقي ما تَركَه الصبي ، قال سحنون : وإنْ وقف له ميراثه فمات الصبي قبل المُوالاة فنصفُ ميراثه من كل أب موروث عنه لِورثته من قيل أبويْه جميعاً ، لكل فريق نصف يراثه يقتسمونه على الفرائض قال ابن القاسم : إذا مات بعدَهما ورد ما كان وُقف له من ميراثهما إلى ورثتهما دونه ، وميراثه لمن يرثه من الأبويْن جميعاً ، أقعد الناس به مِنْهُما ، نصف لكل فريق منها على قدر تَعددهم[6] بالصبي ، قال عيسى بن دينار : والنفقة عليه إلى حين بلوغه الموالاةَ على الشريكيْن ، فإذا والَى أحدَهما فلا يرجع عليه الذي لم يُوالِه بشيء ، وقال أصبغ : ينفق المشتري حتى يبلغ ، فإن وَالاَهُ فَذَلكَ ، أو البائع رجعَ ، وقال ابن عبد الحكَم : ينفق الشريكان ، فإن مات أحدهما أنفق عليه مما أوقف منه له النصف ،

---

(1) في د : فبقي .

(2) ما بين القوسين سقط من د .

(3) في ي : وردت هذه الجملة هكذا : يرث الباقي ما ترك الصبي من الأول . ويصح للصبي من الأول .

(4) في د : نصف ما بقي وقف له .

(5) (الوصي) سقطت من ي .

(6) في ي : قعددهم .

والنصف على الحي فإن ماتا[1] فله وأوقف له ميراثه منهما فوَالاَهما جميعاً أخذ النصف من كل واحد ، وعصبةُ كل واحد النصفَ ، وقال عبد المَلِك : إنْ مات قبل المُوالاة فَمالُه[2] بين الأبويْن نصفان ، أو ماتا[3] قبله بقي لا أب له ، ولم يرثهما ، قال سحنون : إنْ مات الصبي وترك ولداً قبل أنْ يوالي ، وهما حيان ، فلِولَده أنْ يوالي ، أو ولدين واليا جميعاً واحداً ولا يفترقا[4] ، كما كان لأبيهما ، وقال ابن القاسم : إنْ وَضَعَتْ من وطئهما توأمين[5] والَيا مَن أحبَّا ، ولكل واحد من الإبنيْن أنْ يوالي من شاء من الأبويْن ، قال سحنون : إذا قالت القافة في التوأمين : هذا من هذا ، والآخر من الآخر ، فإن كان الأول ملياً قومت عليه ، وهي أم ولد له ، ويغرم نصف قيمتها يومَ حملت ويرجع على الثاني بقيمة ولده ، (وكانت لـه أم ولـد ، وإنْ كان الأول مُعدِماً رجع عليه الثاني بنصف قيمة ولده[6]) ولا يرجع هو على الثاني بشيء ، وقيل : يرجع وتعتق عليهما الأمة ، لأنهما استولَدَاها ، قال سحنون : إنْ كانا حراً وعبداً فوطِآها في طهر ، فَالحقَت القافةُ الولَد بالعبد ، فلِلحُر أنْ يضمن للعبد قيمةَ نصيبه يوم الوطْث ، أو يتماسك ، لأنها لا تخرج من رق إلى عِتق ، كما لو وطئها أحد الحريْن ولم تحمل ، وله نصف ولد العَبد رقيقاً ، وفي **العتبية** : إنْ ألحقتْه القافةُ بهما عتق على الـحُر ، لأنه عتـق عليه نصفه ، فيقوَّم عليه باقيه ، ويغرم لسيد العبد ، ويقوَّمُ عليه نصيب العبد من الأمة ، ويصير له نصْفُها رقيقاً ، ونصفها أم ولد ، وإنْ ولدها بعد ملكه لجميعها كملت أم ولد ، وإذا بلغ الصبي وَالَى أيهما شاء ، وإنْ وَالَى العبدَ فهو تبن له[7] ، وهو حر ، فإن

---

(1) في ي : فإن مات .

(2) في د : ناله .

(3) في ي : او مات .

(4) في ي : ولا يغترقا .

(5) في النسختين : تومين .

(6) ما بين القوسين سقط من د .

(7) في د : احد له .

اعتق العبد ورثه[1] ، فإن قالت القافة : اشتركا فيه ، عتق نصيب الحر من الأمة ، ونصيب العبد مقام أم ولد ، توفق بيده لا يطأها ولا يبيعها الاّ بإذن السيد[2] ، وتباع لغرمائه في دَينه ، فإن كبر الصبي وَوَالَى الحرَّ لحق به ، وغرم نصف قيمته لسيد العبد ، أو والَى العبدَ لحقه وبقي نصفه رقيقاً لسيد العبد ، ونصفه حراً ، ولا يقوم على الحر ، لأنه ليس يُعتق أبداً ، بل حكم لزمه ، كما لو ورث نصفه ، وإنْ كان أحدهما مسلماً وألحقته القافةُ به ، فهو على دِينه ، والأمة ام ولد له ، وغرم نصف قيمتها للكافر ، أو ألحقتْه بالكافر فهو[3] على دينه ، والأمة[4] ام ولد له ، ويغرم نصف قيمتها للمسلم ، فإن كانت كافرة أقرت عنده أم ولد ، أو مسلمة عتقت عليه ، وإنْ قالت القافة : اشتركا فيه ، فالأمة أم ولد[5] معتقة بينهما ، والولد موقوف حتى يبلغ فيوالِي المسلمَ فيكون على دينه[6] ، أو الكافرَ فهو ولده ، ولايترك على دِينِه ، فإن مات الكافرُ قبلَ بلوغ الصبي ، وقف له قدرُ ميراثه منه ، إنْ وَالاَه أخذهُ ، أو المسلم رُد الموقوف لورثة الكافر ، فإن ماتا قبل بلوغه وُقف قدرُ ميراثه منهما ، أيهما وَالَى أخذ ميراثه ، وجُبر على الإسلام على التقديرين ، قاله كلَّه اصبغ ، وهو استحسان لا قياس ، فإن مات قبل موتهما وقبل البلوغ رُد ما وقف لورثتهما ، فإن ورث مالاً وُهِب له أو وَرثه ، فنصفُه لعصبة أبيه المسلم بعد فرض ذوي الفروض ، فإن لم يكن لأبيه وراث مسلم فلبيت المال ، فإنْ حملت مسلمة من ثلاثة : عبدٍ ، ومسلم ، وكافر ، واشركتهم القَافةُ فيه ، عتقت على المسلم والنصراني ، وقوم عليهما نصيب العبد ، فإن كانت نصرانية عتق جميعُها على الحر المسلم ، وقوم عليه نصيبُهما ، وإنْ نفته القافةُ عنهم دُفع أبداً الى غيرهم ، فإن أقر

(1) في ي : ورثته .
(2) في ي : سيده .
(3) (فهو) سقطت من ي .
(4) في ي : وهي .
(5) في ي : ولده .
(6) في ي : . .على دينه فإن مات او الكافر فليولده .

الآباب بالوطْء في طُهر : وَالَى أيهم شاء ، ويَتبعه[1] بأمة إذا وضعته . لستة أشهر من وطْءِ أحدهم ، ادَّعوه أم لا ، أو ادَّعاه أحدهم وأنكره غيره ، فيكشف عن وطْء المنكر ، فإن كان وطؤه يمكن فيه الإنزالُ اشتركوا فيه .

فرع

في **الكتاب** : إنْ وطئها أحد الشريكين والآخر في طهر بعده ، فالولد للآخر إنْ وضعته لستة اشهر من وطئه ، وغرَم في ملائه لشريكهِ نصفَ قيمتها يَومَ الوطْء ، ولا قيمة في الولد[2] في مَلائه ، وإنْ كان عديماً فنصف قيمة الأم يومَ حملها مع نصف قيمة الولَد ، وبيع عليه نصفُها في نصف قيمتها ، فإن كان ثمنُه كَفَافاً اتبعه بنصف قيمة الولَد ، أو أنقص اتبعه بما نقص ، قال ابن يونس : يريد : أو فيه فضل ، لم يتبع الاّ بما بقي من[3] نصف قيمتها ، وباقيها بحساب أم الولَد ، واتبع بنصف قيمة الولد ، والولد حر لا حق النسَب . وفي **الكتاب** : إنْ وطىء أمتَه فباعها فوطئها المبتاعُ في ذلك الطهر وأتت بولد لأقل من ستة أشهر من يوم البيع فهي أم ولَد له ، أو لستِة اشهر فأكثر فادَّعياه : دُعي له القافةُ ، قال ابن يونس : قال يحي بنُ سعيد : إنْ اَسقَطَت عتقت عليهما وقضي بالثمن عليهما ، وجُلِدَا خمسين خمسين[4] ، وكذلك إنْ ماتت قبل الوضع ، مصيبتهَا منهما ، وقال مطرف : مصيبتُها من البائع ، طال الحمل أو لم يطُل ، ويأخذ المبتاعُ مالَه ، ويعاقب إنْ لم يُعذر بِجَهل ، فإن أقر المشتري وأنكر البائعُ الوطءَ فأوقفها الإمام فماتت قبل تبين الحمل أو قبل ستة أشهر ؛ فالمصيبة من البائع ، وبعد ستة اشهر يَلحَق المشتري ولدت أم لا ، ماتت أو لا ، ولا ينظُر له القافة إذا لم يُقر البائع بالوطْء ، فإنْ وطئها في طهر وماتت قبل تبين الحمل أو بعدهُ فهو من البائع ،

---

(1) في د : وتتبعه اذا وضعته .

(2) (في الولد) سقطت من **د** .

(3) (من) سقطت من **ي** .

(4) خمسين كررت ثلاث مرات في **د** .

بخلاف الأمَة بين الشريكين يَطَآنِها[1] في طهر ، ثم تموت بعد بيان الحمل أو قبله ، مصيبتها[2] منهما ، فإن وضعت لأقلَّ من ستة في وطْء المتبايعين في طُهر واحد (فهي من البائع[3]) كان سقطاً أو تاماً ، حياً أو ميتاً ، وهو ولد له ، وهي أم ولد : أو لستة اشهر من وطْء المبتاع ، أو بعد نقصانها بالأهلة تقارب الوطآن في ذلك أم لا ، أو وطيء هذا اليومَ وهذا غداً ، والوالَد سقط أو تام أي من المبتاع ، والولد له ، وهي له[4] أم ولَد ، ولا قافة في الأموات ، وإنْ كان حياً دُعي له القافة ، وقال سحنون : إنْ مات بعد الوضع دُعي له القافة ، لأن الموت لا يغير شخصَه ، وقال في كتاب ابنه : إذا وطئها الشريكان أو المبتاعان[5] وتموت قبل الوضع ، فضمانها منهما ، وعلى المشتري الأكثرُ من نصف قيمتها يومَ وطئها ، أو نصف[6] الثمن ، وإنْ أسْقطت قبل ستة أشهر أو بعدها عتقت عَليهما ويضمن المشتري الأكثر ، وإنْ مات أحد الأبويْن قبل القافة فأَلحقوهُ[7] بالحي لَحق ، قال عبد المِلِك : وإلاَّ لم يلحق بالميت (لعل القافة لو كان حياً نفتْه عنهما ، وقال ابن حبيب : يُلحق بالميت[8]) إذا برىء منه الحي للحصر ، وتعتق الأمة بموت الأول على أنها أم ولَد ، فإن اشركته[9] من الحي والميت وَورثَ من الحي نصفَ ميراثه إنْ مات قبل أنْ يواليه ، فإن بلغ ووالاَه فهو ابنُه ، وله ميراثُه كله ولا يرث من الميت الأول شيئاً لأنها لا يَلحق بابنه[10] ميت ، وفي **الكتاب** : إنْ وطئها المشتري بعد الاستبراء لحق الولد إنْ

---

(1) في د : يطأها .

(2) في ي : مصيبها و(منهما) سقطت .

(3) ما بين القوسين سقط من د .

(4) في ي : بِه .

(5) في ي : او المتبايعان ويموت .

(6) في ي : أو نصف .

(7) في د : فالقوه . وفي ي : فالحقه .

(8) ما بين القوسين سقط من د .

(9) في ي : فان اشركته بين .

(10) مكان (بابنه) بياض في د .

ولَدتْه لستة أشهرمن وطئه ، أو لا[1] فلا يلحق به وإنْ ادَّعاه لتبيُّن كذبه ، ولا يحد ، ويلحق بالبائع ، إلاّ أنْ يدعي استبراء .

وفي **الكتاب** : إنْ تزوجت المطلقة قبل حيضة لحق بالأول ، لأن الولَد للفراش ، والثاني فراشه فاسد ، أوبعد حيضة لحق بالآخر ، أو وضعته لستة أشهر ، وإنّ وطىء أحد الشريكين فلم تحمل خير الشريك في التمسك[2] بنصيبه ، او ابتاع الواطىء بنصف قيمتها يومَ الوطْء لأنه حائز[3] بالوطْء لو ماتت ، حملت أم لا ، ولاحد على الواطىء ولا عقوبةَ للشبهة ، وكذلك إنْ تماسك ولا صداق له ولا ما نقصها ، لأن القيمة وجبت له فتركها ، وإنْ حملت قُومت[4] على الواطىء يومَ الحمل إنْ كان ملياً ، لأنه أفاتها بالحمل لما دخل فيها من العتق ، قال محمد : إنْ شاء قومها عليه يومَ الحمل أو يومَ الوطْء ، وفي **الكتاب** : لا تماسك لشريكه إنْ كان الواطىء ملياً ، ويلحق الولد بأمه ، وهي به أمُ ولَد ، فإن كان عديماً فهي له أم ولد ، ويتبع بنصف قيمتها ، ولا قيمة عليه في الولَد ، قال ابن القاسم : في أحَد[5] قولَيْه وبه آخذ : أن يقوم نصفها يومَ حملت ، ويباع عليه نصفُها بعد الوضع فيما يلزَمه ، ويتبعه بنصف ما بقي مع نصف قيمة الولَد ، قال محمد : يوم الوضع ، وقال سحنون : لا شيء عليه في قيمة الولَد إنْ اختار قيمتها ، لأن الولَد جاء بعد أنْ ضمنه القيمة ، قال ابن القاسم : لا يباع الولَد وهو حر ، و إنْ شاء تماسك بنصيبه ، واتبعه بنصف قيمة الولَد ، لأن نصيبه منه حر ، ويكمل عليه بقيمته يومَ الوضع ، واختَلَف قولهُ هل يتبع بنصف ما نقصها الولادة من ثمنها إنْ باع نصيبه باقلّ مما كانت تسوى بسبب ما نقصها ؟ قال محمد : وهو الصواب ، أولا يتبعه ، لأن القيمة وجبت له فتركها ، وفي **الكتاب** : يعتق عليه نصف الأمة الذي بقي

---

(1) في ي : او لا ق لم يلحق به .

(2) في د : والتمسك .

(3) في ي : ضامن بالوطء لو ماتَ .

(4) في ي : قدمت .

(5) في ي : وآخر قوليه .

في يديه لعدم انتفاعه به ، كما لو اَولَد أمةً فإذا هي أخت رَضاعَة لَحقَه الولد ، ولا خدمةَ له فيها ، وعنه : لا تعتق عليه لعله يملك[1] باقيها فتحِل له ، واختاره محمد ، وفي **الكتاب** : قال غيره : إنْ ولدت من أحد الشريكين يعاقب إنْ لم يُعذر بِجهل ، لأنه عاصٍ ، وتقومُ عليه أنْ كان ملياً ، أو يخير الشريك بين التمسك بنصيبه ويَتبعه بنصف قيمة الولَد إنْ كان عديماً ، وليس كالمعتق شَقصَه من عبد لا يضمنه شريكه ، لأنه إنما أعتق نصيبه ، وهذا وطِيء النصيبيْن ، وإنْ تماسك بنصيبه وترك تضمينه[2] للواطىء لعدمه ، ثم أراده بعدَ يُسره ، او أراده[3] الواطىء وأباه المتمسك ، لم يلزم الممتنع[4] منهما ، قال محمد : إنْ كان الواطىء أَبَا أحد الشريكين فهو كالشريك نفسِه في جميع ما تقدم ، غيرَ أنّ ابنه يتبعه بقيمة نصيبه مع ما يتبعه الشريك من نصْف قيمة الولَد ونصف ما نقصتها ولادتُه إنْ كان مُعدماً ، فإن أعتق أحد الشريكين حِصتَه ، ولم يقوم عليه في اليَسار حتى أحبلها الثاني : قال محمد : عتقت ساعةَ حَمَلِت ، ولحق الولد بِلا قيمة ، وقيل : يقوم على المعتِق الأول ، ويغرم له هذا نصف ما نقصها ، ونصف قيمة الولد ، قال : وهو وهَم ، وَوَلاء الولَد لأبيه ، وقيل : نصفه لمعتِق نصف الأم كنصف وَلاء الأم ، وهو وهَم ، لأن المعتَقة إذا حملت بنكاح ليس من المعتِق من وَلاءِ الولد شيء ، قال ابن القاسم : إذا حملت من الشريك ووضعت في عُدمه ، فلزمه نصفُ قيمة الولَد يومَ وضعته ، ونصف ما نقصها ، وبقي نصفها بحساب أم ولد ، فوطئها الثاني فأحبلها ، عُتقت مكانَها يومَ حملت ، ولا يتبع الثاني في الولَد بشيء ، وَإنْ[5] كان ملياً ، وقيل[6] : إنْ ينظر في الثاني حتى وضَعت فإنه يكون عَلَى الثاني غُرم نصف قيمة ولدها مُوسراً

---

(1) في ي : تملك .

(2) في ي : تضمين .

(3) في ي : او ارادت الواطىء وأتاه . . .

(4) في د : الممتع .

(5) في د : فإن .

(6) في ي : وان قل ان لم ينظر . . .

كان أم لا ، وقال عبد الملك : إنْ حكم على الأول فأحبلها الثاني فعليه قيمةُ الولد على أنه ولَدُ أم ولد ، على الرَّجاء والخوف ، لأن نصفَها للأول بحسب أم الولد ، وإذا أحبلها الثانـي غرم فـي الولد قدرَ حصته من الأم ، قال محمد : وإنْ لم ينظر في الولد. الأول حتى أولد الثاني عُتقت عليهما ، ولا شيء على الأول ولا الثاني في الولَد ولا غيره ، لأن الأول يقول : قوموا على نصيب صاحبي يومَ وطئت ، حتى لا يلزمه[1] للولَد قيمة ، ويتعذر[2] ذلك لفوتها الحمل[3] الثاني فتعتق عليهما ، وقال ابن القاسم : إذا ولدت من الأول فأولدها الثاني : فإن[4] كان الأول ملياً غَرم نصف قيمتها فقط ، وبقيت له أمَّ ولد ، وإنْ نكل[5] ونكل الثاني أكثر ولحقه الولَد ، قال سحنون : وعلى الأول نصف قيمة الولَد على أنه ولدُ أم ولد يقاص بذلك فيما لزمه من نصف قيمة الأم ، قال ابن يونس : والصواب : أنّ على الثاني قيمةَ الولد كاملة ، على أنه ولد أم ولد ، لأن الأول قد لزمَه نصفُ قيمة الولَد يومَ أحبلها ووطِيء الثاني أم ولد الأول ، قال ابن القاسم ، إنْ لم يكن للأوَّل مال لم يقوَّم على واحد منهما ، وعتقت عليهما ، ولحق بهما أولادها ، قال سحنون : ويكون للثاني على الأول نصفُ قيمة الولد على أنه رقيق ، ولا شيء على الثَّاني في ولَده ، وعنه على الثاني نصف قيمة ولده على أنَّه ولدُ أم ولد ، وإنْ ولدت من الأول ثم من الثاني وهو لا يعلم – ثم من الثالث – وهو لا يعلم – ضمنها الأول ، وهي به أم ولد ، وعليه لشركائه ثلثاً قيمتها يوم وَطِيءَ ، وعلى كل واحد من شريكيه له قيمةُ ولَد أم ولد فيتقاصّون ، فإن كان الأول عديماً عُتق نصيبه ، وعليه ثلثاً قيمة ولده وفاء[6] لشركائه ، وعلى الثاني ثلث قيمة ولده ، رِقاً للثالث ، ولا شيء على الأول ،

---

(1) في ي : يلزمني الولد قيمة .

(2) في د : ويتقدر .

(3) في ي : لمحل .

(4) في ي : وانّ .

(5) (وان نكل) سقطت من د .

(6) (وفاء) سقطت من د .

لأن نصيبه من الأمَة يومَ وطيء الثاني حر ، ويعتق نصيبُ الثاني والثالث عليهما ، ولا شيء على الثالث في قيمة ولده للأولين ، لأن بإستقرار نُطفة الثاني عتق نصيب الأول ، ولا قيمة له في ولدها من الثاني ، وعلى قول عبد الملك : للأول على الثاني ثلث قيمة ولده على أنه ولدُ أم ولد[1] ، وعليه للثالث ثلث قيمة ولَده ، على أنه ولدُ أم ولد (وعليه للثالث قيمة ولده[2]) ، قال سحنون : فان لم يطأها الثالث والأول مليء غَرَم لشركائه ثلثي قيمتها يومَ الوطْء ، وأخذ من الثاني قيمةَ ولده ولد أم ولد ، أو الأول عديم عُتق عليه نصيبُه ونصيب الثاني ، وعلى الأول ثُلثَا قيمة ولدِه عبداً لِشريكيه ، وعلى الثاني ثلثُ قيمة وَلَده[3] الثالث (الذي لم يطأ ، ويبقى ثلثها للثالث رقيقاً ، وان ضمن الأول قيمة الأمة[4]) واتبعه بذلك ، فإن ضمنه عتق ثلثا الأمَة على الأول ، وعتق نصيبُ الثاني (عليه بالولد ، وغرَم الثاني[5]) للأول ثلثَ قيمة ولد أم ولد من سبب هذا الثاني[6] الذي قوم عليه ، وعلى الأول للثاني ثلثُ قيمة ولده رقيقاً فيتقاصَّان[7] ، ولا يقوم الثالث على الثاني في عدم الاعلا ، لأنه لم يبتدىء فساداً ، فإن كانت مدبرة فأحبلها أحدُهما قُوِّمت عليه وبقيت له أم ولد ، فإن أعسر خُير شريكُه في اتباعه بنصف قيمتها وتصير له أم ولد ، أو التماسك[8] ، ويتبعه بنصف قيمة الولد من يوم استهْلاَلِه ، ولا يقوم عليه إنْ أَيْسر ، فإن مات الواطيء عتق عليه نصيبُه من رأس المال ، وبقي نصيبُ الآخر مُدبراً ، أو مات غير الواطيء وقد كان تمسك[9] وعليه ديْن ، يرد التدبير ، بيعت

---

(1) في ي : أو .

(2) ما بين القوسين سقط من د .

(3) في د : ولد .

(4) ما بين القوسين سقط من د .

(5) ما بين القوسين سقط من ي .

(6) في ي : الثالث .

(7) محل (فيتقاصان) بياض في د .

(8) في ي : والتماسك .

(9) محل (تمسك) بياض في د .

حصتُه للديْن ، فإن ابتاعها الواطىء لسيد حد مثله[1] ، حل له وَطؤها ، فإن مات عتقَ نصفُها من رأس المال ورق النصف المشترَى ، فإن أولَدها ثلاثةُ أشراك ، وطئها واحد بعد واحد ، والأول مليء فعليْه لشريكيه ثلثاً قيمتها أمةً ، وتكون أم ولد ، ويرجع على كل واحد منهما بقية ولده ، وله[2] مدبرة على رجاء أنْ تُعتق[3] أو تُرَق ، ويعتق على الثاني نصيبه ، وعلى الثالث قيمة ولده ، ويعتق نصيب الثالث ، ولا شيء عليه في ولده لهما ، وإنْ لم يطأ الثالث قُومت على الأول في ملائه ، وتكون له أم ولد ، (ويغرم ثلثي قيمتها لشريكيْه ، وعلى الثاني للأول قيمةُ ولده ولدِ أم ولد[4]) ، وإنْ كان عديماً عتق نصيبه ، وللثالث إنْ شاء انْ يقوم عليه ويتبعه ، فإن فعَل عتق ثلثها على الأول ، وكان للأول على الثاني ثلث قيمة ولده ولد مدبَّرة من سَبَب هذا الثلث[5] الذي قوم عليه للثالث ، ويرجع الثاني على الأول بثُلث قيمةِ ولَده ولدِ مدبَّرة ، ويعتق أيضاً نصيب الثاني منهما ، وإنْ تماسك الثالث بنصيبه فليس له تقويم على الثاني ، ولَهُ على الأول ثلثُ قيمة ولده ، وعلى الثاني كذلك ، ويكون للثاني على الأول ثلثا قيمة ولده ، وليس للأول على الثاني من قيمة ولده شيء ، لأن نصيبه فيها عتق قبل وطء الثاني ، وإنْ أولَد معتقةً إلى أجَل ثلاثةٌ بوطْء متفاوِت لا يعلم أحد بصنيع[6] مَن قبله عُتقت عليهم كلهم لتعذر وطئها ، وإنْ كان الأول ملياً عتقت عليهم في ملائهم وعدمهم ، وعلى الأول لشريكيْه[7] ثلثا قيمة ولده على أنه معتَق إلى أجَل ، وعلى الثاني للثالث ثلثُ قيمة ولده كذلك ، ولا شيء على الثالث ، ولا شيء للأول ، ولو لم يُولدها

---

(1) كذا في د : وفي ي : ليس حده له . وفي العبارة شيء .

(2) في ي : ولدا مدبرة .

(3) في ي : أنّ يعتق أو يرق .

(4) ما بين القوسين سقط من د .

(5) في د : الثالث الذي . . . الثالث .

(6) في ي : بضيع .

(7) في ي : لشريكه .

غيرُ واحد لم تقوَّم عليه ، وعليه لصاحبيْه ثلثا قيمة ولده ولدِ معتقة إلى أجَل ، وقال كثير من اصحابنا : اذا ولدت المعتقة إلى أجَل يُعجل عتقها لزوال الخدْمة[1] بالولادة ، والوطْء والعتق إلى أجَل . قال سحنون : وكذلك إنْ أذن لمدبَّرة في تدبير أمته ، ثم أولدها السيد عتقت، لأنها معتقة إلى أجَل ، فإن لم يطأ اعتق نصيب الواطئيْن ، والثالث على (كل واحد بثلث قيمة ولده ، والثاني على[2]) الأول قيمةُ ثلث ولده ، ويبقى نصيب الثالث مُعتقاً بيده إلى أجَل ، ولا شيء على الثاني للأوَّل لأنه وطِيءَ نصيبَه وهو حر ، فلو كانت مكاتبة : قال ابن القاسم : إنْ كان الأول ملياً خُيرت في تعْجيز نفسها ، وتقوم على الأول ، أو تتمادى ، فإنْ قُومت عليه غَرِم ثلثي قيمتها أمةً لشريكيْه[3] ، وَصارتْ له أم ولد ، وإنْ تمادت على كتابتها وأدت[4] وأعتقت ، والأول عديم عتقت عليهم . قال سِحنون : إنْ كان لها مال ظاهر والأول مليء فليس له تعجيزُ نفسها ولتتماد[5] مكاتبته ، قال : إنْ وطيء الشريك مكاتبتَه واختارت التمادي أخذت نصف قيمتها من الواطيء فوُقِفت ، فإن أدت رَدتِ القيمة إليه ، وإن عجزت بقيت له أمٌّ ولد وأخذ الأخرُ القيمةَ ، وفي **الموازية** : إنما يُقَف نصف القيمة من الكتابة ، قال اللخمي : الوطْآن إما من نكاح ، أو ملك ، أو نكاح ثم ملك ، أو عكسه ، أو نكاح ثم[6] زنا ، أو عكسه ، أو ملك ثم زنا ، أو عكسه فهي ثمانية ، فإن كان نكاحٌ ثم مِلك : فهما كالنكاحين[7] ، فيه قولان : هل للأول أو تُدعَى له القافة ؟ وعكسه كالملكين ، تدعَى له القافة قولاً واحداً ، أو النكاح ثم الزنا[7] ، فالولَد للزوج ، لأنه فراش ، أو

(1) في ي : الحرمة .
(2) ما بين القوسين سقط من د .
(3) في ي : لشريكين .
(4) في ي : ولدت .
(5) في د : ولتمادى .
(6) في ي : ثم رقا .
(7) في ي : كانكاحين .

الملك[1] ثم الزنا[2] لملك اليمين ، لأنه فراش ، ولا ينفيه[3] الاّ بلعان لعدم الزوجية ، ولا بالقافة ، لأن الزنا[4] مع المِلك لا قَافَةَ فيه لعدم التساوي ، وفي الزنا[5] ثم النكاح أو ملك ، لحق الأول كما إذا[6] تقدم النكاح أو الملك وتأخر[7] الزنا[7] ، وحيث دعيت القافة فاشركوهم فيه : فأربعة أقوال : قال مالك : يوالي مَن شاء ، قاله عُمر رضي الله عنه ، وقال عبد المَلك : يلحق بأقواهم شَبهاً ، لأن النسب لا يبطل بالشهوات[8]، وقال ابن مسلمة : إنْ عرف الأول لحق به لِسبب[9] تقدم الحمل منه ، فإن جهل فأقواهما شبَهاً ، والقافة تعرفه فهما كالجَنِينَيْن ، وإذا أتَت بِولَدَيْن في بطنيْن فادَّعى أحدُ الشريكيْن الأكبر ، والآخر الأصغر صُدقاً من غير قافة ، أو ادَّعيا أحدَهما دُعيت القافة ، فإن كان الأكبر ، فالأصغر وَلدُ مَن تقول الأمةُ : إنه منه ، لاتفاقهما بالأكبر على انها صارت فِراشاً وأم ولد ، وأم الولد مُصدَّقة ، أو الأصغر لم يُقبل قولها في الأكبر ، أو أتت بتوأميْن فألحقاهما بأحدِهما ، أو قالت : اشتركا فيهما ؛ فالأمر كَذَلك ، وإنْ وزعتهما عليهما فقولان ، قال عبد الملك : يُرق لَهما ، وقال سحنون : لا يرق[10] : فإن أيسر أولهما وطْآً فهي أم ولد له ، وعليه نصف قيمتها يومَ حملت ، وله على الثاني قيمة الولد ، وله على الثاني مثلُ ذلك ، وقيل : لا شيء له عليه ، وتعتق الأمة عليهما لتحريم وطئها عليهما ، واختلف في توأمي المَسبية والمغتَصَبة والملاعِنة هل يتوارثان بالأم والأب أو بالأم

---

(1) في ي : والمكاتب .

(2) في ي : ثم الرقا للملك اليمين . ومكان (للملك) بياض بـ د .

(3) في ي : ولا ينفيه بلعان . ولعله الصواب .

(4) في ي : الرقا .

(5) في ي : والرقا ثم النكاح .

(6) (اذا) سقطت من د .

(7) في ي : في تأخر .

(8) محل (الشهوات) بياض بـ د .

(9) في ي : لسبة تقدم . . .

(10) في ي : يرد قولهما . . . لا يرد .

فقط ؟ ففي **المدونة** في المرأة تحمل من العدو[1] : التوأمان شقيقان (وقال المغيرة : في المسبية والملاعنة : يتوارثان بالأم لعدم تيقن الأب ، وقال سحنون : شقيقان[2]) ، لأن المسبية تُحمل على أنها وطئت بالنكاح أو المِلك ، وإذا وطىء أحَد الشريكين وهو معسر – اختلف في خمسة مواضع : **الأول** : هل يكون كالمُوسِر ويخير الشريك على التقويم ؟ أو يخيّر بين التقويم والتمسك ، **والثاني** : (إذا خُيِّر فاختار التمسك ، هل يتبع الواطىء بنصف قيمة الولد وبنصف ما نقصها الولادة أم لا ؟ **والثالث**)[1]: إذا خير فاختار التقويم ، هل يكون له نصف قيمة الأم[3] ، ونصف قيمة الولد ، أو نصف قيمة الأم خاصة ، و **الرابع** : إذا ثبت التقويم ، هل يتبعه بذلك في الذمة ولا يباع منها شيء أو تباع ؟ ، **والخامس** : إذا بيعت ، هل يباع النصف أو بقدر الديْن ، وإنْ كان أكثر من النصف ؟ ورَجَعَ مالك إلى أنه ليس كالموسِر ، ويخير في التمسك والإتباع[4] بنصف قيمة الولَد ، أو يقوم وله نصف قيمتها[5] ونصف قيمة الولد ، ويباع له نصفه خاصة فيها لزمه ، وقال ابن القاسم : إذا تمسك بيع بنصف[6] قيمة الولد ونقص الولادة ، وعن مالك: يخير في التمسك بغير شيء في الولَد ، أو يقومها عليه ويتبعه في الذمة ، وإنْ بيع له نصفُها ، وعن أشهب : يباع ما يوفي الديْن وإنْ كان أكثر من النصف ، لأنه لا يكون بعض أم الولَد ، ويتبع الواطىء الباقي إنْ أحب ، في **النُكَت** : إنْ بيع نصفُها فبلغت قيمتُها أكثر مما لزمه ، لا يباع منها من أجل نصف قيمة الولَد التي لزمته شيء ، لأن قيمة الولَد ديْن عليه ، فكما لا يقضي ديونه بثمنها لا يَقضى قيمة الولد ، وَ إنما يباع فيما لزمه من أجلها . في **التنبيهات** : إذا وطئها الثاني بعد الأول في طهر آخر ، فهل

---

(1) في **ي** : من العبد والتوأمان . .

(2) ما بين القويين سقط من **د** .

(3) في **ي** : الأول .

(4) في **ي** : ولا تباع .

(5) في **ي** : قيمته أو نصف .

(6) في **ي** : نصف .

القيمة يوم الوطْء أو الحمل ؟ قولان في **الكتاب** ، وعند التخيير[1] ، قال محمد : التخيير إذا وطئها مرات ، وإلاّ فيومَ الحمل ، لأنه يوم الوطء ، قيل : هذا تفسير **للمدونة** ، وَقيل : اختلاف فيها وقع ، وفي المعسر أربعة أقوال : أول أقواله : هي أم ولد ، ويتبعه بنصف (قيمتها دون قيمة نصف الولد ، لأنه مجبور على التقويم . ورَوَى ابن القاسم : يباع نصفُها فيما عليه فيها ، ويتبعه بنصف[2]) قيمة الولد ، أو تلزمه القيمة يومَ الوطء ، ولا تباع له في القيمة ، ولا شيء له على هذا في الولَد ، والرابع : أنها تكون أمة على حالها ، رواه أشهب ، قال التونسي : إنْ حملت – وهو موسِر – يخير في وقت التقويم ، هل يومَ الحمل أو يوم الوطء إنْ اختلف الوطّآن ؟ وليس بنص خلافٍ ، ويشبه أنْ يكون خلافاً ، لأن نصف قيمة الولَد قد وجبت مع وجوب القيمة عليه في الأم ، فلهذا قال ابن القاسم في المعسر : يباع نصف الأمة فيما لزمه فيها ، ويتبع بنصف قيمة الولَد ، فجعل الدين والإيلاد إذا وقعا رداً لَديْن الإيلاد ، لأنه تَعدٍ ، بخلاف إيلاد المديان ، لأن الغرماء عاملوه على ذلك . وها هنا تَعَدَّى على شريكه فيباع نصفها فيما لزمه لأجلها دون الإيلاد ، ويتبه بنصف قيمة الولَد ، مع أنه قوم عليه الأمة يومَ الوطء ، قال : وهو ضعيف ، والصَّواب أنّ يتمسك بنصف الأمة ، ويتبعه بنصف قيمة الولَد ، أو يتبعه بنصف قيمة الأمَة ويتم الإيلاد ، لأن الأمة والولد في ضمانه بالإيلاد ووجبت به القيمة .

فرع

قال ابن يونس : إنْ أخدَمها[3] سنتيْن أو عمراً فوطئها السيد فحملت وهو مليء فهِي أم ولد ، وأُخذت منه مَكَانَها أمة ، قيل : تؤخذ قيمتها يوجرُ منها خادم ، فإن ماتت الأولَى وانقضت السنون ، وبقي من القيمة شيء أخذه السيد ، أو نقدَت القيمة

(1) في ي : وعنه التحير .
(2) ما بين القوسين سقط من ي .
(3) في ي : اخذ فيها .

والأولى حية والمدة باقية ، فلا شيء على السيد ، لأنه انما التزم خدمة الأمة ، وقيمتها تقوم مقامها ، وقال عبد الملك : يغرم له قيمةَ الخدمة من عمري وأجل لأنها حية ، وإنْ كان عديماً أخذَ ولدَه وخَدَمت تمامَ الأجل ، ولم يجعل ابن القاسم ولا غيرُه قيمةَ الخدمة تلك السنين كمفسد العرض لإمكان موتها قبل انقضاء الأجل ، فيضمن ما لا يلزمه ، وإنْ قومت على الرجاء والخوف ، أدى الى أجل جعل في خدمة ، والواجب في التعدي المثل ، و أقربُ شيء لذلك ثمن الخدمة كما تقدم ، وقول عبد الملك قاله مالك في قتل السيد العبدَ المخدم ، (فإن وطئها المخدم والخدمة[1]) كثيرة كانت[2] كالتعمير ، أو سنينَ كثيرةً لا تحد ، ويلحق به الولَد ، وتكون أم ولد ، ويغرم قيمتها يوم الوضع على الرجاء والخوف ، فإن كان عديماً كانت لربها ، والولد لأبيه ، وإنْ ابتاعها بعد يسره لم تكن له أمَّ ولَد ، أو في الخدمة القليلة كشهرٍ حُد ، ولا تكون له أم ولد لضعف الشبهة ، ولا يلحق به الولد ، وقال ابن وَهب : يحد في خدمة السنة إن كان عالماً ، وإنْ عُذر بالجهل عُوقبَ وقُومت عليه ، وإنْ وطيء السيد خدمتْ بقية السنة كما لم أعتقها ، واستَحَب محمد أنْ يغرم القيمة فيُؤاجَر منها من يخدم فَما فضل رُدَّ إليه ، وما عجز حُط عنه ، قال اللخمي : قال عبد الملك في قتل السيد[3] : يغرم في أول المسألة السيدَ القيمةَ لأقصَى عُمر الأمة ، أو عُمُر المخدِم إنْ أعمر إياها ، أو سنين (فالأقصى من عمر او السنتين[4]) ، وإنْ اعسر اتبعه بالقيمة ، لأن الأصل في المنافع القيَم ، ووجه القضاء بالخدمة مكانَها : أنها على وجه المعروف ، فهي بخلاف منافع المُكايَسة ، وقد قال فيمن تزوجت على عبد ، ثم استلحق : أنّ الزوج يغرم مثله بخلاف البيع .

---

(1) ما بين القوسين سقط من د .

(2) (كانت)سقطت من ي .

(3) (في قتل السيد) سقطت من ي .

(4) ما بين القوسين سقط من د .

النظر الرابـع ، في أحكام أمهات الأولاد ، وفيه خمسَ[1] عَشرةَ مسألة .

الأولى[2] : في **التنبيهات** : أمهات الأولاد ساداتهُن الأحرارُ ، لهن حكم الأحرار في ستة أوجه ، والعبيد[3] في أربعة أوجه ، فلا يُبَعْن في دين ولا غيره ، ولا يرهنّ ، ولا يوهَبن ، ولا يؤاجَرن ، ولا يُسلَمن في جنايَة ، ولا يستسْعيْن[4] ، وحكم العبيد[5] في انتزاع مالهن ما لم يمرض السيد ، ويجبرنَ[6] على النكاح في احد القولَـيْن ، ويستخدَمْن الخدمةَ الخفيفة مِما لا يلزم الحرة ويستمتع بهن كالأمة .

الثانية : في **الكتاب** : إذا ولدت في حياة سيدها ، أو بَعد موته ، أو بعد أن اعتقها لِما تلدُ له النساء ، لحقه ، إلاّ أنْ يدعي الحي استبراء ، وينفي الولد .

الثالثة : إذا ارتد ولحق بدار الحرب ، أو أُسِرَ فتنصَّر بها ، وُقف ماله ، وأم ولده، ومدبَّروه ، وتحرم على المرتد أم ولده في ردته حتى يُسلم فترجع إليه مع ماله ، لأن المنافع الإذنُ فيها تابع لإستقرار الحياة ، وحياة المرتد مطلوبة الإعدام ، وإنْ قتل عتقت من رأس المال ، ومدبَّره في الثلث بمقتضى العقود ، وتبطل[7] وصاياه ، وماله للمسلمين ، قال ابن يونس : قال أشهب : يعتق بالردة ، كما تبطل عِصمةُ الزوجة ، قال : وهو أقيس ، لأن القاعدة : أنّ أم الولد إذا حرم وطؤها عتقت ، كالنصراني تُسلِم أمُّ ولده ، والردة أشد ، لأن من أسلمت امرأتُه هو أملك بها إنْ أسلَم في عدتها ، وإذا ارتد لا تحل له الاّ بنكاح جَديد بعد إسلامه ، ولأنه أدخل الردة في مدة الإيقافِ ، بخلاف أم ولد النصراني ، لأنه لا يجبر على

---

(1) في ي : خمسة عشر ، وهو خطأ .
(2) في د : فرع .
(3) في د : والسيد .
(4) في د : ولا يتبعن .
(5) في د : السيد .
(6) في د : ويجبر .
(7) في ي : وينفل .

الإسلام، وتبطل الوصية، لأنه كان أوصَى حالَ ردته لما كان له الرجوع، ووصية المرتد باطلة للحِجر عليه في ماله، قال اللخمي: قال أشهبُ في الزوجة: إنْ لم يتُب[1] حتى انقضت العِدة بانَتْ، وكان الطلاقُ من يوم أرتد، فإن تاب قبل انقضائها بقيت على الزوجية كإسلام المرأة، فَعَلَى هذا تكون أم الولد في الإستبراء إنْ تاب قبلَ فراغِ الحيضة حلت له، وإلاَّ حَرمت، وكانت حرة من يوم الردة.

الرابعة: في **الكتاب**: إنْ اسلمت أم ولد الذمي: قال مالك مرة: توقف حتى يموت أو يسلم فتحِل له، ورجع إلى أنها تعتق، وولاؤها للمسلمين، لأنه لم يَبْق فيها إلاّ الوطْء، قد حَرُم، ولا يستسعيهَا في قيمتها، فإن أسلم بعدَها قبل أنْ تعتق فهو أحق بها، وتبقي له أم ولد، وإنْ طال ما بين إسلامها[2] وما ولدت من غير سيدها الذمي بعد أنْ أولدها لا تعتق بإسلامها، لأن الأبن[3] يتبع الأب في الدِّين، وإنْ أسلم كبارُ الولَد لم يعتقوا إلاَّ بموت السيد، وإنْ أسلمت أم وَلَد المكاتب الذمي، وسيدها[4] ذمي أو مسلم، وُقفت[5]، فإن أدى الكتابةَ عُتق[6] وعُتقت، أو عجز رُقت وبيعت، قال ابن يونس: قال محمد: إنْ اسلمت أم ولد الذمي عُرض على سيدها الإسلامُ، فإن امتنع عُتقت بالحكم، قاله مالك وأصحابُه، قال ابن عبد الحكَم: إنْ اسلم قبل حيضة فهو أحق، أو بعدها عتقت، كإسلام أمراته، قال بعض الشيوخ: إذا وُقفت حتى تموت أو يسلم، نفقتُها على سيدها يحسبها له، فإن لم يكن له مال ولا لها: عتقت، كما قيل: إنْ عجز المسلم عن نفقة أم ولده عتقت، كما تطلق الزوجة، وقيل في العجز عن النفقة بزوجها، وهو الفرق بينهَا وبين الزوجة، وإنْ أسلم هو دونَها بقيت له أم ولد.

(1) في ي: تتب . . . تابت .
(2) في د: غسلامه .
(3) في د: الأب .
(4) في د: وسيده .
(5) في د: يعتق .
(6) (عتق و) سقطت من ي .

فرع

قال ابن يونس : إنْ مات الذمي وتَحاكم الوارث وأم الولد إلينا : قال ابن وهب : منعناهُ من البيع ، وإنْ رَضُوا بحكمنا لم يُمكّنوا من الرجوع عنه ، وكذلك إنْ حَلف بطلاق امرأته وعتق عبده ، فرفعت المرأة أو العبد ذلك للحاكم ، طلق عليه وأعتق ، قال سحنون : وهو خلاف مالك وأصحابه ، وإنْ جنتْ أم ولد الذمي جبر على افتكاكها ، بخلاف لَو جَنَى ولدُها لم يُجبر ، بل يفديه بدية الجناية (أو يسلم خدمته حتى يوفي الجناية[1]) منها ، فإن مات السيد اتبع الولد ببقية الجناية إنْ بقي شيء ، قال اللخمي : على القول بالعتق هل يفتقر إلى الحكم لأنه مختلف فيه أم لا ؟ قولان لمالك وابن عبد الحكَم .

الخامسة[2] : في **الكتاب** : تمتنع كتابة أم الولد بخلاف عتقها على مال يتعجله ، وتفسخ الكتابة ، إلاّ أنْ تفوت بالأداء فتعتق ، ولا يَرجع فيما أدت ، لأن لك الانتزاع[3] ما لم تمرض ، والكتابة لا تزيدها خَيرا[4] فلا تشرع ، وليس لك فيها خدمة ولا استسعاء ولا غلة[5] ، بل المتعة[6] ، وكذلك الخدمة في أولادها من غيرك مِمن ولدته بعد ولادتها منك ، لأنك لا تطؤهم ، فلم يبق الاّ الخدمة ، ويعتقون كأمهم بعد موت السيد ، ولك تعجيل عتقها على دَين يبقى عليها برضاها ، قال يحيى بن سعيد : فإن مات السيدُ اتبعت[7] بذلك ، بخلاف الكتابة لتحصيل ذلك المال تعجيل عتق ، وإنْ كاتَبَ[8] الذميُّ أمَّ ولده فأسلمت عتقت وسقطت الكتابة ، قال ابن يونس : قيل :

---

(1) ما بين القوسين سقط من د .

(2) في د : فرع بدل الخامسة ، و(في الكتاب) سقطت من د .

(3) في ي : انتزاع مالها ما لم يمرض .

(4) في د : جبرا .

(5) (ولا غلة) سقطت من د .

(6) في ي : المعتقة .

(7) في ي : اتبع .

(8) في ي : وانْ كانَتْ للذمي أم ولده فأسلم عتقت . . .

إذا كاتبها في مرضه ودَفَعت إليه شيئاً ينبغي أنْ ترجع بذلك عليه ، وتطالب تركته إنْ مات[1] ، وقوله في كتابة الذمي أم ولده فتسلم[2] انها تعتق : مبني[3] إما على قوله في إسلام أم ولده : أنها تعتق ، أما على قوله : تُوقف حتى يسلم أو يموت فتعتق[4] بين التمادي على كتابتها فتعتق[4] بإدائها ، أو تُعجز نفسَها وتبقى موقوفة له ، وعلى القول بأن أم ولده تباع إذا أسلمت ، ويدفع له ثمنها : تباع كتابتها ولا يكون أسوأ حالاً منها ، قال اللخمي : قال الأبهري : إنْ رضيت أم الولد بالكتابة جاز ، وهو أصل مالك ، لأن الحر لو وهب منافعَه وكسبَه صح ، وها هنا أولَى ، لأنها تتعجل بذلك عتقاً ، فإن خيَّرها وأدت عتقت ولم ترد ، وإنْ علم به قبل الوفاء فاختارت الإمضاء صح ، والاّ امتنع من طلبها[5] ، وكذلك يجوز عتقُها على مال في ذمتها إنْ رَضيت ، والاّ فلا يلزمها ، ويمضي العتق بلا مال ، وكذلك القِطاعة ، وإنْ مات السيد قبل وفاء الكتابة أو القِطاعة عتقت وسقط ذلك عنها ، وإنْ تعجلت العتق على مال يكون في ذمَّتها فمات السيد قبل وفائِه لم يسقُط عنها .

السادسة : يمتنع بيعُ أم الولد ، وقاله الأئمة ، ولبعض الشافعية وداود وبشر المريسي[6] : جواز البيع ، **لنا** : قوله[7] عليه السلام : (**أيُّما رَجُلٍ وَلَدت أمتُه**[8] **فهِي معتقةٌ عليه عن دُبُر منه**[9]) وبقوله[10] في أم ولده إبراهيم : (**أعتقها وَلَدُها**) والحرُّ لا يباع ،

---

(1) في ي : لمن مات .

(2) (فتسلم) سقطت من ي .

(3) (مبني) سقطت من ي .

(4) في ي : فيعتق ويخير .

(5) في ي : من وطئها .

(6) في د : وسند الميثي .

(7) تقدم تخريجه بهامش رقم : 90 من كتاب امهات الأولاد . وانّ الصحيح انه موقوف من قول عمر رضي الله عنه .

(8) في ي : ولدت منه امة .

(9) في ي : عن دين .

(10) في ي : ولقوله . والصواب : وقوله ، والحديث تقدم تخريجه في كتاب امهات الأولاد .

ورَوَى مالك : قال[1] عمر رضي الله عنه : أيما وليدة ولدت من سيدها فإنه لا يبيعها ، ولا يهبها ، ولا يورثها ويستمتع بها ما عاش ، فإن مات فهي حرة ، وفي الصحاح[2] حديث أبي سعيد الخدري : **خَرَجْنَا مع رسول الله ﷺ في غَزوةِ بني المصْطَلِق ، فأصبنا سبياً من سبْي العرب ، فاشتهينا النساء واشتدت علينا العزبة وأحببْنا الفداء ، فأردنا أنْ نعزل . . .** الحديث ، فقوله : أحببنا الفداء ، يدل على أنّ الحمل يمنع المعاوضة ، وانعقد الإجماع على منع بيعها حالة الحمل ، والأصل : بقاء الإجماع والمنع ، **احتجوا** بقوله تعالى : ﴿**وأَحَلَّ الله البَيْعَ**﴾[3] ونحوه ، وعن جابر[4] : كنا **نبيعُ أمهات الأولاد على عهد رسول الله ﷺ ، وعهد أبي بكر ، وصدر من خلافة عُمر ، ثم نهانا فانتهينا** ، ولأنه لو أعتق ولد أمَة في بطنها لم تصر حرة ولم يمتنع بيعها ، فكذلك أم الولد ، ولو زَوّج أمتَه من ابنه فإنها تعتَق[5] بحر ، ومع هذا لا يزول الملك عنها ولا يمتنع بيعها .

والجواب عن الأول : أنّ نصوصنا أخص من تلك الظواهر فتُقدَّم .

وعن الثاني : تحمل على بيعهن إذا ولَدْن من الغير توفيقاً بين الأدلة ، أو ذلك بغير علمه عليه السلام كما قال[6] ابن عُمر : كنا نُخابر على عَهد رسول الله ﷺ حتى **رَوَى لنا رافعُ بن خَديج نهيَه عليه السلام عنها فانتهينا** . وإذا حمل[7] على الولادة من الأزواج يكون نهيُ عمر على الكراهة .

---

(1) أثر عمر تقدم تخريجه في كتاب امهات الأولاد .

(2) رواه البخاري في النكاح باب العزل وفي البيوع والعتق وغزوة بني المصطلق ، ومسلم في النكاح ومالك في الموطأ في الطلاق . عن أبي سعيد الخدري .

(3) (البقرة : 275) .

(4) تقدم تخريجه بهامش في كتاب امهات الأولاد .

(5) في د : تعلق لحر .

(6) رواه البخاري ومسلم في البيوع ، عن نافع عن ابن عمر ، ورواه مسلم مختصراً في البيوع بلفظ : كنا نخابر ولا نرى بذلك بأساً حتى زعم رافع بن خديج انّ رسول الله ﷺ نهى عنه فتركناه .

(7) في ي : دل .

وعن **الثالث** : إذا أعتق حملها تكون علقت برقيق طرأ عليه العتق ، وها هنا بِحُرٍّ[1] أصالةً فتسري إليها حريتُه .

وعن **الرابع** : أنّ الولد يخلق مملوكاً ، والعتق على الإبن لأنه أخوه .

فرع[2]

في **الكتاب** : إنْ أعتقها المبتاع نقض البيع والعتق ، وعادت أم ولد ، فإن مَاتت[3] بيده قبل الرد ضمنها ، ويرد الثمن ، وإنْ ماتت بعد موت البائع أو قبله أو بقيت ، يتبع البائع بالثمن في ذمته ، ملياً أو مُعدماً ، قال ابن يونس : قال ابن القاسم : إنْ جهل موضع المبتاع ، فَعَلَى البائع طلبُه حتى يرد إليه الثمن ماتت أم الولد أو بقيت ، فإن أولدها المبتاع : قال مالك : لحقه الولد بغير قيمة فيه ، لأن البائع أباحه فرجَها بخلاف لو بيعت عليه بغير[4] طوعه له ، وقال عبد الملك : عليه قيمة الولَد عبداً ، وقال ابنُ عبد الحكَم : على أنه يعتق بموت البائع ، فإن زوجها المبتاع لِعبده فوَلَدت منه ردت مع[5] ولدها ، ولولدها حكم ولد ام الولد ، وقال أصبغ : ذلك سواء أولدها المشتري أو زوجها ، لا قيمةَ للبائع في ولدها ، لأنه أباحها ، قال اصبغ : وإنْ باعها فَشَرَطَ أنها حرة لم ترد ، وولاؤها لسيدها ، ويسوغ له الثمن لعلم[6]المبتاع بأخذها[7] لا على أنْ يعتقها ، فإن باعها على أنْ يعتقها المبتاع لا على أنها حرة من حينها ، رُدت ما لم تفت بالعِتق فيمضى ، والوَلاءِ للبائع ، ويسوغ له الثمن لعلم المبتاع ، ولو لم يعلم لَرَجَع بالثمن ، قال اللخمي : ظاهر المذهب إذا نُقِض البيع لا شَيء على البائع من نفقة المشتري عليه وَلاَ لَه قيمةُ خدمتها لأنْ الخَراجَ بالضمان ، وقال سحنون : يرجع عليه بالنفقة ،

---

(1) في ي : يحق ايصاله يرى اليها حريته .

(2) في ي : تفريع .

(3) في ي : فإن فاتت .

(4) في ي : بعد .

(5) في ي : وبيع .

(6) (لعلم المبتاع) سقطت من ي .

(7) في ي : كأُخذها .

والآخر بالخدمة ، لأنها غير مضمونة ، ولو أخذها السيد ففاتت الإجارة لكانت للسيد ، واختلف في المستحق بحريته : قال ابن القاسم : لا شيء على المشتري من خَراجه ، وخالفه المغيرَةُ لأنه غيرُ مضمون ، وإذا رد اليه تَحَفظ منه عليها ليلاً يعود لِبَيعها ، ولا يُمكَّن من السفر بها ، فإن لم يمكن التحفظُ عتقت عليه ، كقول مالك في بائع امرأته .

السابعة : قال ابن يونس : قال أصبغ : إنْ قال لأم ولده : إنْ وطِئتُكِ فأنت حرة ، لم تعتق عليه ، لبقاء التلذذ بغير الوطْء ، ولو كان يملك أختها لم تَحلَّ له حتى يحرم فرجَ هذه بغير هذه[1] الأيمان .

الثامنة : قال : قال مالك : إذا مات سيدها وبيدها[2] حلي ومتاع فهو لها ، لأن اليدَ توجبُ الملك ، إلاّ الأمر المستكثر ، وكذلك ما كان لها من ثياب إنْ عُرف أنها كانت تلبَسها[3] في حياة سيدها ، وعنه : الحلي ، واللحاف ، والفراش ، والثياب لها ، ومتاع البيت يُحتاج فيه للبينة وإنْ كان من متاع النساء ، بخلاف الحرة ، وعنه : (ان وصى)[4] عند موتها أنها إنّ قامت على ولدها ، دَعُوا لَهَا ما كان لها[5] من حُلي وكسوة ، وإنْ لمْ تقُم وتزوجت فخُذوه ، فليس ذلك لـه ، بل هُو لَهـا متى[6] مات ، وليس لـه في مرضه انتزاع مـا كان أعطاها ، وكذلك المدبرة .

التاسعة : قال في **الجواهر** : إنْ جنَتْ فَعَلَى السيد فداؤُها قياساً على القِن الذي مُنع من بيعه لسبب ، قال[7] وإذا قَتلها فَبالأقَل من أَرش الجناية عليها وعلى ولدها له ،

(1) في ي : هذا اليمين .

(2) (وبيدها) سقطت من د .

(3) في ي : للبسها .

(4) سقطت من ي.

(5) (لها) سقطت من ي .

(6) في ي :حين .

(7) هنا في ي كلام بختلف عن هذا ونصه : . . . لسببَ ، واذا أدى الأقلَّ من أُرش الجناية أو قيمة رقبتها يوم الحكم كما لو غنمها المسلمون من بلد العدو ، وأرش الجناية عليها وعلى ولدها . . .

وقيمتُها في جناية القتل وقيمتُهم ، فإن مات قبل قبض الأرش فهَل هُو لوارثِهِ أو يتبعها كَمالِها ؟ روايتان . في **المنتقَى** : وإذا قومت في الجناية ، قال مالك : تقوم بغير مالها ، قال : وأرى أنْ تُقوَّم بمالِها ، وقاله عبد الملك كالأمة القِـن ، فإن ماتت بعد الجناية : قال ابن القاسم : لا شيء للمجروح من مالها ، لأنها لو كانت حية لقُومت بغير مالها ، وقال عبد الملك : إنّ كان غنياً أدى منه الأرش ، فإن لم يفـِ لم يكن له غيرُه ، وإنّ كان عرضاً خُير سيدها في فدائِه أو إسلامه ، فإن تكررت جنايتها وتعقب كل جناية الحكم فيها ، فحكم الثانية وما بعدها حكمُ الأولَى ، أو تكررت قبل القيام عليها : فعن مالـك : ليس عليه إلاّ قيمتُها بجميع الجنايات ، كالقن إذا جنت جنايات ، وقاله (ح) وأحد قولَي (ش) . ولا يرجع على أم الولد إذا عتقت بشيء من جناياتهَا إذا حكم على السيد بالقيمة ، لأنها تتعلق بقيمتها دون ذمتها .

العاشرة . قال صاحب **الإشراف** : ليس له إجارتها خِلافاً لـ(ح) و(**ش**) قياساً على بيعها .

الحادية عشرة[1] : قال ابن القصَّار عن مالك : له أنْ يجبرها على الزواج ، **وعنه : لا بُد من أذنها ، وعنه : ولا يأذنها ، وبهذه الرواية قال** (ش) ، وبالجبر قال (ح) كالأمة القِن ، وكالمدبَّرة ، واشتراط الإذن لما فيها من شائِبة الحرّية ، وقياساً على المكاتبة ، ووجه المنع : لنقص[2] الملك عن الجَبر ، ولم تكمل الحرية ، فامتنع التزويج ، كنقص[3] العمر عن التزويج في الصغيرة ، وهي تكمل ، فامتنع تزويجها ، وعلى المنع ، فَهَل يمتنع تزويج الحاكم ؟ قاله القاضي أبو الحسن لأنه نائب عنها ، وكل واحد منهما ناقصٌ ، وفي **الجَلاَّب** : يكره له أنْ يزوجها برضاها ، لأنه تمكين غيره من فراشه ، وهو تأباه المروءة . في **المنتقَى** ، فإن زوجها : قال ابن القاسم في **المدونة** : لا نَفسَخُه .

---

(1) في ي : الحادي عشر .

(2) في د : لبعض .

(3) في ي : لنقض .

الثانية عشرة[1] : قال الباجي في **المنتقى** : قال ابن القاسم : لا يتبعها في الخدمة وإنْ كانت دنِيَّة ، بل تخدم الدنِيَّه فيما خف ، وقال (**ش**) و(**ح**) : له فيها الخدمة مع الإستمتاع ، قال : وهو الأظهر – عندي – استصحاباً للمِلك في ذلك ، وقياساً على أولادها .

الثالثة عشرة[4] : قال : عليه الإنفاق عليها ، فإن أعسر ففي عتقها عليه قولان ، بناء على أنها تحصل النفقة بالزواج ، قياساً على الأمة إذا أعسر بنفقتها ، فإن غاب عنها ولم يترك نفقة ، فهل تُعتق عليه لأن تزويجها مكروه ، أو يزوجها الحاكم ؟ قولان .

الرابعة عشرة : قال : حُكمها بعد موته حكم الحرائر إنْ ولدت قبل وفاته ، فإن مات وهي حامل : فعن مالك : تمت حرمتها ، وقال المغيرة : يُوقَف أمرُها لاحتمال أنْ يكون رِيحاً ، قال صاحب **المقدمات** : إيقافها يُروى عن مالك ، وعليه تكون لها النفقة ، ويختلف على القول بأنها تكون حرة بتبين الحمل ، هل لها نفقة ، على الخلاف في أم الولد الحامل هل لها نفقة في تَركة سيدها ؟ لمالك قولان ، ولم يختلف قولُه : أنّ الحرة لا نفقة لها من مال زوجها ، وإنْ حبسها الميراث .

الخامسة عشرة . في الجلاب : مَن أحاط الديْن بمالِه فَحَملت أمتُه منه لم تُبَع في ديْنه ، كالمريض يطأ فتصير أُم ولد ، وتعتق وترد[2] بالفعل أقوى من القول . قال شارحُ الجلاب : إلاّ أنْ يُحجَّر عليه قبلَ الوطء فتباع في الدين بعد الوضع .

تم كتاب أمهات الأولاد ، وبتمامه تم الجزء الحادي عشر
يليه الجزء الثاني عشرَ وأوله كتاب الجنايات

---

(1) في ي : الثانية عشر .

(2) في ي : فترد .

فهرس الموضوعات

الجزء الحادي عشر

كتاب الدعاوي

الموضوع | الصفحة

كتاب الأيمان

كتاب العتق

كتاب التدبير

كتاب الكتابة

النظر في أركانها وأحكامها :

كتاب أمهات الأولاد



دار الغرب الإسلامي
بيروت . لبنان
لصاحبها الحبيب اللمسي

شارع الصوراتي (المعماري) - الحمراء ، بناية الأسود
تلفون البناية: 340131/ تلفون مباشر : 350331 ص . ب. 113-5787 بيروت ، لبنان
DAR AL-GHARB AL-ISLAMI B.P.:113-5787 Beyrouth, LIBAN

رقم 201 / 6000 / 10 / 1994

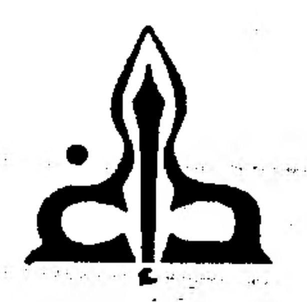
التنضيد والطباعة : دار صادر ، ص . ب. 10 - بيروت

AḎ - ḎAḪĪRA

Šihābaddīn Aḥmad b. Idrīs al - Qarāfī
684 / 1285

Tome 11

Mis au point et annoté
par
MOHAMED BOUḪUBZA



DAR AL-GHARB AL-ISLAMI
1994

DAR AL-GHARB AL-ISLAMI
P. B. : 113-5787- BEIRUT

AḎ - ḎAḪĪRA